Va IX 117

Čoll. leg.
o 101/36

Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar

von

D. Chriſtian Friedrich von Glück

Geheimen Hofrathe und ordentlichem Lehrer der Rechte an der Friedrich-Alexanders Univerſität in Erlangen, Ritter des Civil-Verdienſt-Ordens der bayer. Krone.

Nach des Verfaſſers Tode fortgeſetzt

von

D. Chriſtian Friedrich Mühlenbruch

Geheimen Juſtizrathe und ordentlichem Lehrer der Rechte an der vereinten Friedrichs-Univerſität in Halle, Ritter des rothen Adler-Ordens dritter Klaſſe.

Sechs und dreyßigſter Theil.

Erlangen
in der Palm'ſchen Verlagsbuchhandlung.
1833.

STAATSBIBLIOTHEK
BAMBERG

Fortſetzung des Titels:

De liberis et postumis heredibus instituendis vel exheredandis.

§. 1421. f.

2) Von der Ergänzungsklage (actio ad supplendam legitimam).

Die Ergänzungsklage [1]) iſt durch Juſtinian eingeführt, um die Anfechtung eines Teſtaments wegen Verletzung des Pflichttheilrechts nach Möglichkeit zu verhüten. Schon zur Zeit der claſſiſchen Juriſten konnte ganz entſchieden die Querel dadurch ausgeſchloſſen werden, daß durch irgend eine letztwillige Anordnung des Teſtators, ſelbſt durch Schenkungen von Todes wegen dem Pflichttheilsberechtigten ſo viel zugewendet wurde, als ſeine Legitima betrug [2]). Außer Zweifel alſo auch, wenn der Teſtirer beſtimmt hatte, daß dem Notherben dasjenige, was an dem Pflichttheile etwa fehle, aus dem Nachlaſſe ergänzt werden ſolle; denn immer iſt es hier der teſtamentariſch ausgeſprochene Wille (judicium testatoris [3]),

1) S. hierüber Bd. VII. dieſes Commentars §. 550. S. 142 fgg. Nr. II.

2) L. 8. §. 6. D. *de inoff. test.* — Vgl. §. 6. J. *eod.* und oben Bd. XXXV. §. 1421. d. S. 315 fgg. Nr. I.

3) S. Brissonius de V. S. v. *judicium* §. 4. und Schulting in der jurisprudentia vetus ante-Justinianea p. 398. not. 20.

wodurch dem Notherben gewährt wird, was ihm gebührt. Die L. 4. Theod. Cod. *de inoff. test.* (II. 19.), ein Reſcript des Kaiſers Conſtantius[4]) aus dem Jahre 361, führte daher ſchwerlich etwas Neues ein[5]), wie ſich auch ſchon aus ihrer Faſſung ergiebt. Es lautet ſo: „Cum scribit moriens, ut arbitratu boni viri, si quid minus filiis sit relictum, quam modus quartae — — — efflagitat, id ipsum ab herede eisdem in pecunia compleatur, *manifestum est*, nullam jam prorsus — super testamento — — querelam remanere — —“. Beſtätigt wird dies durch folgende Stelle aus den sententiae receptae des Paulus[6]): „Filius judicio patris si minus quarta portione consecutus sit, ut quarta sibi a coheredibus fratribus

4) Nicht Conſtantin, wie gewöhnlich angenommen wird. S. *Jac.* Gothofredus in commentar. ad h. l. und Wenck in deſſen Ausg. der fünf erſten Bücher des Theod. Coder, not. 9. ad h. l.

5) *Guil. Jo. L. Baron.* de Schleinitz commentatio de actione, qua ad legitimam portionem supplendam agitur. (Gott. 1819.) Tit. I. cap. I. §. 7. S. 12. — Das Gegentheil behauptet J. Gothofredus a. a. O. Die Legitima habe ohne Hinzufügung von Bedingungen und Zeitbeſtimmungen, überhaupt auf feſte und beſtimmte Art angeordnet werden müſſen; es ſey daher der Zweifel entſtanden, ob auf die oben gedachte Art verfügt werden könne? und dieſen Zweifel habe der Kaiſer durch ſeine Conſtitution beſeitigt. Allein über alles dies findet ſich nicht die geringſte Andeutung in dem Geſetze; auch war die Hinterlaſſung des Pflichttheils ſelbſt nie vom Ausdruck abhängig, ſondern lediglich der mit Sicherheit erkennbare Wille des Teſtirers entſcheidend. S. Bd. XXXV. §. 1421. d. S. 320 fg.

6) Lib. IV. Tit. V. §. 7.

citra inofficiosi querelam impleatur, jure desiderat.“ Wenn alſo der Vater einem Kinde im Teſtament weniger als den Pflichttheil zuwendet, ſo ſoll die Klage auf Ergänzung des Pflichttheils auch ohne eine darauf gerichtete beſondere Anordnung ſtatt finden, jedoch nur, wenn der betheiligte Notherbe mit zu Erben eingeſetzten Geſchwiſtern zuſammentrifft. Hierbei weichen denn die Rechtslehrer noch im Einzelnen unter ſich ab, indem die meiſten annehmen, dem Notherben ſey die Wahl gegeben, entweder auf Ergänzung des Pflichttheils anzutragen, oder die Querel anzuſtellen [7], andere dagegen der Meinung ſind, daß derſelbe unbedingt auf ein Ergänzungsrecht beſchränkt geweſen ſey; auſſerdem unterſcheiden Viele noch, ob der Pflichttheilsberechtigte zum Erben eingeſetzt ſey, oder nicht; im letzteren Falle ſoll es beim ſonſtigen Rechte geblieben ſeyn, d. h. wenn die Enterbung nicht zu rechtfertigen geweſen, habe der Enterbte die Querel gehabt, und nur im erſteren Falle eine Klage auf Ergänzung der Legitima ſtatt gefunden [8].

7) von Schleinitz (l. l. S. 18.), der übrigens ebenfalls dieſe Meinung billigt, nimmt an, daß in der Geſtattung der Wahl zwiſchen dem Ergänzungsrecht und der Querel eine ſtarke Anomalie liege, da die Querel überhaupt ja nicht mit anderen Rechtsmitteln electiv concurrire, ſondern nur in subsidium ſtatt finde. Allein nur bei gleicher Wirkſamkeit anderer Rechtsmittel wird die Querel ausgeſchloſſen (ſ. oben Bd. XXXV. §. 1421. e. S. 358 fgg. not. 37.); der Vorwurf einer Anomalie wäre alſo, auch bei vorausgeſetzter Richtigkeit dieſer Erklärung, in jedem Falle leicht zu beſeitigen.

8) Vgl. Chifletius de portionib. legit. c. 15. (in Ottonis thes. T. V. p. 760.). Cujacius und Schulting ad h. l. *Pauli* (in jurisprud. vetus ante-Justinianea p. 398.

Da indeſſen der Unterſchied, welcher nach allen dieſen Erklärungen zwiſchen Geſchwiſtern, die mit einander concurriren, und anderen Notherben gemacht wird, weder genügend motivirt werden kann, noch andere Quellenzeugniſſe für ſich hat, ſo verdient wohl jene Erklärung der Stelle des Paulus den Vorzug, wodurch ſie mit dem ſonſt bekannten Rechte aus dieſer Zeit in Uebereinſtimmung gebracht wird. Eine ſolche Erklärung nun liegt ſehr nahe, indem man die Worte „judicio patris“ nur nicht gerade auf den Theil beziehen darf, welchen der Teſtirer ſeinem Sohne wirklich ausſetzt (wie dies gemeinhin geſchieht), ſondern — wozu vollkommen eben ſo gut der ganze Zuſammenhang paßt [9]) — auf die Verfügung des Teſtirers, daß der Notherbe nachfordern ſolle, was am Pflichttheile noch fehlt. Statt alſo zu conſtruiren: Filius si judicio patris minus quarta portione consecutus sit u. ſ. w. würde die Conſtruction ſo lauten: Filius, si minus quarta portione consecutus sit, judicio patris, ut quarta sibi — — impleatur, jure desiderat; und noch näher ſchließt ſich an die lateiniſche Wortfügung folgende Ueberſetzung:

not. 19. 21.). *de* Schleinitz l. l. §. 8. p. 17 sqq. (Nr. 2. 3.) und p. 22. §. 9. Franke das Recht der Notherben und Pflichttheilsberechtigten §. 25. S. 328. — Uebrigens will Chifletius, mit anderen, dieſe Beſtimmung auch auf andere Pflichttheilsberechtigte bezogen wiſſen.

9) Die Lesart *in judicio* patris, welche die gewöhnliche Erklärung allerdings begünſtigt, ſcheint keine handſchriftliche Auctorität für ſich zu haben, ſondern eben um jener Erklärung willen von Cujacius und Schulting in den Text aufgenommen zu ſeyn. Sie findet ſich in der Ausgabe von Hugo nicht einmal erwähnt.

„der Sohn kann in Gemäsheit einer darauf gerichteten väterlichen Verfügung, wenn ihm weniger als der vierte Theil zugewendet iſt, das Fehlende von ſeinem Miterben nachfordern.“ So verſtanden enthält nun die Stelle allerdings eine Beſtätigung des Satzes, daß ſchon zur Zeit der juriſtiſchen Klaſſiker, die von einem Teſtirer auf den Fall, daß das Hinterlaſſene nicht hinreichend ſeyn ſollte, angeordnete Ergänzung des Pflichttheils die Querel ausſchloß; allein mehr auch nicht. Sie drückt nur aus, was ja ſonſt auch bekannt war, daß es bei Hinterlaſſung des Pflichttheils nicht auf den Ausdruck ankomme, ſoferne nur die Zuwendung, mittelbar oder unmittelbar, durch letztwillige Verfügung erfolgt[10], und darum kann denn auch unbedenklich angenommen werden, daß dies nämliche Recht nicht blos für Kinder, ſondern auch für andere Pflichttheilsberechtigte galt.

Wie aber, wenn die Zuwendung unter Lebenden geſchehen war[11]? Daß die Einrechnung ſolcher Zuwen-

10) Auf dieſes längſt beſtandene Recht, die Ergänzung des Pflichttheils im Teſtamente anzuordnen, deutet auch die Inſtitutionenſtelle hin, welche den Inhalt von Juſtinians Conſtitution über Ergänzung der Legitima referirt, nämlich der §. 3. J. *de inoff. test.*, wo es heißt: wenn auch nur etwas hinterlaſſen ſey, ſo ſolle ſtets an die Stelle der Querel das Ergänzungsrecht treten, „licet non fuerit adjectum, boni viri arbitratu debere eam (legitimam partem) compleri.“

11) Hierbei muß man an ſolche Pflichttheilsberechtigte denken, welche der väterlichen Gewalt des Teſtirers nicht unterworfen ſind. — Geſtritten wird darüber: ob nach dem früheren Rechte dergleichen Schenkungen ſchlechthin ungiltig blieben, falls ſie nicht durch Teſtament ausdrücklich beſtätigt, oder dem Beſchenkten bei einer nachmaligen Emancipation deſſelben gelaſſen waren, ob alſo ſpäter erſt das für Schenkun-

dungen in den Pflichttheil auf giltige Weiſe zur Bedingung gemacht werden konnte, wurde bereits an einem anderen Orte [12]) mit Beziehung auf L. 25. pr. D. *de inoff. test.* [13]) angenommen. Nur durfte hierin kein eigentlicher Verzicht auf die Querel liegen [14]), und darum

gen unter Ehegatten geltende Recht, nämlich die Convalescenz derſelben durch den frühern Tod des Schenkers, hierauf angewandt wurde, — oder ob hierbei noch ein Unterſchied in Betracht kam, — je nachdem nämlich der Schenkende mit Hinterlaſſung eines Teſtaments, oder ohne ein ſolches geſtorben war, und im erſten Falle es einer Beſtätigung im letzten Willen bedurfte? (Die Stellen, worauf ſich dieſe Controverſe gründet, ſo wie die Schriftſteller, welche ſie behandeln, ſind angeführt in meiner doctrina Pandectar. Vol. III. §. 563. not. 12 — 15. d. 3. Aufl. Den Letzteren iſt noch beizufügen: Wilh. Franke civiliſt. Abhandl. (Gött. 1826.) S. 229 fgg.) Welcher Anſicht man aber auch zugethan ſeyn mag, immer kann bei der im Texte aufgeworfenen Frage von Hauskindern nicht die Rede ſeyn, indem die dieſen von ihren Vätern gemachte Schenkung entweder überall nicht galt, oder doch nur als Schenkung Todes halber beſtehen konnte.

12) Bd. XXXV. §. 1421. c. S. 301 fg. Nr. 2.

13) Dieſe Stelle mag hier noch einmal ſtehen, da die folgende Ausführung eine öftere Beziehung auf dieſelbe nöthig macht: *Ulp.* Lib. II. disputation. „Si non mortis causa fuerit donatum, sed inter vivos, hac tamen contemplatione, ut in quartam habeatur, potest dici, inofficiosi querelam cessare, si quartam in donatione habeat, aut si minus habeat, quod deest, viri boni arbitratu repleatur, aut certe conferri oportere (*Hal. oportet*) id, quod donatum est.

14) L. 35. §. 2. Cod. *de inoff. test.* S. oben Bd. XXXV. §. 1421. b. S. 267 fgg. und §. 1421. e. S. 438 fgg.

auch nicht verabredet werden, daß das Geſchenkte an die Stelle der Legitima treten ſolle. Mochte immerhin bei der nach dem Tode des Erblaſſers eintretenden Berechnung des Pflichttheils ſich das Reſultat ergeben, daß der Notherbe nichts weiter erhalten könne, weil das ihm unter der Bedingung der Einrechnung bereits Gegebene ſoviel, oder mehr noch, als ſein Pflichttheil betrug; es lag in der Annahme einer ſolchen Gabe doch kein offenbarer Verzicht auf ſein Notherbenrecht, wie in dem Falle, wenn dabei erklärt wurde, daß er jedenfalls ſeines Pflichttheils halber dadurch abgefunden ſeyn ſolle. Alſo, hiervon abgeſehen, gilt der Grundſatz, daß, falls nur dem formellen Notherbenrechte genügt iſt, die Zuwendung des Pflichttheils ſelbſt an keine Form gebunden ſey, ſondern auf jegliche Weiſe geſchehen könne [15]), auch für ſolche Schenkungen unter Lebenden, die mit der Bedingung der Einrechnung gemacht ſind. — Eine andere Frage aber iſt (und gerade darauf kommt es hier an): was nun eintritt, wenn das Gegebene weniger als der Pflichttheil beträgt? So viel iſt auch hier als gewiß anzunehmen, daß, wenn der Erblaſſer den Notherben auf den Pflichttheil eingeſetzt, oder aber die Ergänzung des Fehlenden im Teſtamente angeordnet hatte, darnach auch verfahren werden mußte, indem widrigenfalls der Satz: Schenkungen unter Lebenden ſind in die Legitima einzurechnen, wenn ſie unter dieſer Bedingnng gemacht wurden, bedeutungslos geweſen ſeyn würde [16]). — Wie nun aber, wenn ſich hierüber nichts im Teſtamente angeordnet fand? — mochte es an aller und jeder Beſtim-

15) Bd. XXXV. §. 1421. d. S. 315 fgg. (Nr. I.)

16) Vgl. *Jan. a* Costa ad §. 3. Inst. *de inoff. test.*

mung deßfalls fehlen, oder gleich bei der Schenknng ausgemacht ſeyn, daß der Notherbe ſich mit ſeinem Pflichttheile begnügen, das an demſelben Fehlende aber dereinſt von den Erben des Schenkers nachfordern ſolle. — Für beide Fälle nun darf man wohl behaupten, daß dem Notherben ſein volles Recht verblieben ſey. Denn wenn bei einem völligen Stillſchweigen über die Ergänzung des Fehlenden dennoch nur hierauf angetragen werden konnte, wozu hätte es alsdann der Conſtitution Juſtinians überall noch bedurft? Und wenn der Notherbe ſich im Voraus durch die Pflichttheilsquote für abgefunden erklärt, ſo liegt hierin wieder ein Erbverzicht, da dieſer Fall offenbar ganz verſchieden von dem iſt, wo der Notherbe nur einwilligt, ſich das Empfangene künftig in ſeinen Pflichttheil einrechnen zu laſſen; denn dort hängt ſein Recht lediglich von dem Vertrage, hier dagegen zunächſt davon ab, ob überall ein Teſtament vorhanden iſt, und ob ſolches nach Form und Inhalt zu Recht beſtehen kann, oder nicht? Man nehme z. B. an, daß die bei der Schenkung gemachte Vereinbarung: der Beſchenkte ſolle das noch an dem Pflichttheil Fehlende nach dem Tode des Teſtirers ergänzt bekommen, giltig ſey, ſo würde er nicht nur durch Teſtament willkührlich ausgeſchloſſen werden, ſondern auch an der Inteſtaterbfolge keinen eigentlichen Antheil nehmen, vielmehr nur die Ergänzung als eine Schuld der Erben fordern können; wogegen, wenn blos die Einrechnung in den Pflichttheil ausbedungen wurde, er auf dieſen nur beſchränkt iſt, ſoferne ihn ein ſonſt giltiges Teſtament von dem übrigen Vermögen ausſchließt.

Wenden wir uns nunmehr wieder zu der angeführten Stelle **Ulpians** (L. 25. pr. D. *de inoff. test.*)

ſo finden wir bald, daß ſie durchaus nichts enthält, was auch nur entfernt auf ein nothwendiges Ergänzungsrecht und den Ausſchluß der Querel durch daſſelbe bezogen werden könnte. Die Frage iſt: kann der Pflichttheil auch durch eine Handlung unter Lebenden wirkſam zugewendet und alſo dadurch die Querel gegen ein Teſtament ausgeſchloſſen werden, dem auſſerdem nichts entgegen ſteht? Ulpian nun unterſcheidet zwei Fälle: Entweder hat der Notherbe ſeinen Pflichttheil vollſtändig erhalten; alsdann kann angenommen werden, die Querel falle weg (*poteſt dici*, querelam ceſſare) — vorausgeſetzt nämlich, daß in der Art, wie die Zuwendung geſchehen iſt, kein Verzicht auf die Querel liegt. Oder es iſt dies nicht der Fall; alsdann hat der Notherbe die Wahl, ob er auf Ergänzung antragen, oder, mit Einwerfung des Erhaltenen in die Erbmaſſe, die Querel anſtellen will. Letzteres iſt zwar nicht buchſtäblich ausgedrückt, aber es geht aus dem Geſagten von ſelbſt hervor. — Die Collation geſchieht bekanntlich zu dem Zwecke, um mit anderen Deſcendenten gemeinſchaftlich erben zu können [17]), und der Collationsverbindlichkeit unterworfen waren in jedem Falle auch gewöhnliche Schenkungen alsdann, wenn ſie unter der Bedingung, in den Erbtheil eingerechnet zu werden, gemacht wurden [18]). Nimmt man nun an, daß in dem

17) L. 1. pr. D. *de collatione* (XXXVII. 6.). L. 17. Cod. *de collationib.* (VI. 20.).

18) Geſtritten wird darüber, ob nach dem Rechte der Pandecten emancipirte Kinder auch die ihnen vom Vater simpliciter gemachten Geſchenke conferiren mußten, oder nur, wenn die Bedingung der Einrechnung hinzugefügt war? (M. ſ. über dieſe Streitfrage Franke civiliſtiſche Abhandlungen S. 221

Falle, wovon Ulpians Stelle handelt, ein emancipirter Sohn, den der Vater ſeines Pflichttheils wegen durch eine Schenkung abgefunden zu haben glaubte, mit Geſchwiſtern concurrirte, welchen der Teſtirer ſeine ganze Verlaſſenſchaft zugewandt hatte, ſo muß der Erſtere, will er anders vermittelſt der Querel ſeinen vollen Inteſtaterbtheil erhalten, das Empfangene in die gemeinſame Maſſe einwerfen. Denn daß die Mittel, wodurch Jemand ſein Erbrecht durchſetzt, auf ſeine Collationspflicht keinen Einfluß haben können, verſteht ſich von ſelbſt; zum Ueberfluß iſt es aber auch in der L. 17. Cod. *de collationib.* ausdrücklich beſtimmt, daß die gewöhnliche Collation eintreten ſolle, auch wenn das Teſtament durch contra tabulas bonorum possessio oder querela inofficiosi testamenti reſcindirt werde. — Hiernach können die Schlußworte nur den ihnen beigelegten Sinn haben, und überhaupt enthält nach dieſer Erklärung die Stelle nichts, was mit den oben entwickelten Grundſätzen im Widerſpruch ſtände.

Indeſſen iſt nicht zu läugnen, daß Alles noch viel beſſer zuſammenhängt, wenn man annimmt, daß die Worte: „at si minus habeat, quod deest viri boni arbitratu repleatur“ durch Interpolation in den Text gekommen ſeyen [19]. Die Annahme einer Interpolation

— 242.). In dem letztern Falle mußten ſie es gewiß (L. 20. in f. Cod. *de collat.*), und darum hat auch dieſer Streit für uns kein Intereſſe, da die L. 25. D. *de inoff. test.*, mit deren Erklärung wir uns hier beſchäftigen, gerade von einer ſolchen Schenkung ſpricht, die „hac contemplatione, ut in quartam habeatur“ gemacht iſt.

19) Man ſ. dafür die oben Bd. XXXV. §. 1421. c. S. 502. not. 2. angeführten Schriftſteller, denen noch beizufügen iſt:

rechtfertigt ſich zunächſt durch den Mangel an gramma⸗tiſchem Zuſammenhange zwiſchen dem eingeſchobenen und dem vorausgehenden, ſo wie dem folgenden Satze; die Conſtruction des Ganzen, wie es jetzt lautet, wird auch um nichts beſſer, wenn man mit Beck der Haloandrini⸗ſchen Lesart conferri *oportet*, ſtatt *oportere* den Vor⸗zug giebt. Auch fanden wohl die Compilatoren in den Worten: „si quartam in donatione habeat“ eine hin⸗reichende Veranlaſſung, das von Juſtinian eingeführte Ergänzungsrecht eines unvollſtändig hinterlaſſenen Pflicht⸗theils hier einzumiſchen [20]), obgleich dies auf eine ſehr ungeſchickte Weiſe geſchahe, indem dadurch eine alterna⸗tive Befugniß, entweder auf Ergänzung zu klagen, oder das Erhaltene zu conferiren, wie ſie zu Juſtinians Recht nicht eigentlich paßt, zum Vorſcheine kam [21]). Nimmt

Pothier Pand. Justin. T. I. p. 191. not. b. — Franke ſpricht an mehrern Stellen ſeiner Schrift über Notherben⸗recht davon; nämlich S. 236 fg. und S. 330.

20) Bartolus (in comment. ad h. l.) bemerkt gegen die Gloſſe, welche eine Interpolation annimmt, etwas derb: „Istud non est verum, nam compositores Digestorum non cognoverunt jura novissima“. Allein Juſtinians Conſtitution über Ergänzung des Pflichttheils iſt aus dem Jahre 528, folglich konnten die Compilatoren ſie bei der mehrere Jahre ſpäter erfolgenden Redaction der Pandecten ſehr füglich vor Augen haben.

21) Fr. Connanus (comment. jur. civil. Lib. IX. c. 10. Nr. 3.) vertheidigt die Aechtheit der Stelle aus dem Grunde, weil ja auch ſchon vor Juſtinian der Teſtirer habe wirkſam anordnen dürfen, das an dem Pflichttheil Fehlende ſolle ar-bitratu boni viri ergänzt werden. Der Grund ſelbſt iſt richtig, hier aber durchaus unanwendbar, da die verdäch⸗tigen Worte ſo wenig an ſich, noch in ihrem Zuſammen⸗

man alſo an, daß urſprünglich die oben erwähnten Worte fehlten, — daß alſo Ulpian ſchrieb: „potest dici, inofficiosi querelam cessare, si quartam in donatione habeat, aut certe conferri oportere id quod donatum est“ —, ſo hängt das Ganze nicht nur in grammatiſcher Hinſicht ſehr gut zuſammen, ſondern es fällt auch die Möglichkeit weg, die vorangehenden Worte ſo zu verſtehen, als ob durch Schenkungen unter Lebenden die Querel ſtets ausgeſchloſſen werde, wenn nur der Notherbe dadurch ſeinen Pflichttheil vollſtändig erhalten habe; eine Interpretation, welche, wenn man die obigen Worte für ächt hält, die allgemeine Faſſung des Ausdrucks für ſich hat, und daher nicht ohne einige künſtliche Wendung beſeitigt werden kann.

Doch, wie geſagt, für den jetzt hier zur Frage ſtehenden Gegenſtand kommt der erſte Satz von Ulpians Stelle überall nicht in Betracht, ein abſolutes Ergänzungsrecht des unvollſtändig hinterlaſſenen Pflichttheils aber findet ſich darin nirgends angeordnet. Es bleibt daher bei dem oben bereits angedeuteten Reſultate, welches man jetzt ſo ausdrücken kann: bis auf Juſtinians Conſtitution (L. 30. C. *de inoff. test.*) konnte an die Stelle der Querel ein bloßes Ergänzungsrecht des unvollſtändig hinterlaſſenen Pflichttheils nur in dem Falle treten, wenn dies alſo im Teſtamente beſtimmt war, mochte übrigens die Zuwendung des Theils im Teſtamente ſelbſt, oder durch eine unter der Bedingung der Einrechnung gemachte Schenkung unter Lebenden geſchehen ſeyn.

Bei Juſtinians Geſetz nun kommt zweierlei in Be-

hange auf ein im Teſtamente angeordnetes Ergänzungsrecht bezogen werden können.

tracht: ſein Inhalt an ſich, und das Verhältniß des dadurch eingeführten Ergänzungsrechts zu dem damals (d. h. vor Erlaſſung der Nov. 115.) geltenden Notherbenrecht überhaupt; in der letzten Beziehung frägt ſich nämlich: ob, wenn dem Notherben nur etwas hinterlaſſen iſt, was in den Pflichttheil eingerechnet werden muß, dadurch alle und jede Rechtsmittel wegfallen ſollen, alſo nicht blos die querela inoff. test., ſondern auch die durch Verletzung des formellen Notherbenrechts bedingten (contra tabulas bonorum possessio und ſog. Nullitätsklage)? Dafür ſpricht allerdings der allgemeine Ausdruck des Geſetzes, indem Juſtinian ſagt: „Omni modo testatorum voluntatibus prospicientes, magnam et innumerabilem occasionem subvertendae eorum dispositionis amputare censemus, et in certis casibus, in quibus de inofficiosis defunctorum testamentis, *vel alio modo* subvertendis moveri solebat actio, certa lege tam mortuis consulere, quam liberis eorum, vel aliis personis, quibus eadem actio competere poterat“. — Indeſſen ſteht die Unterſuchung hierüber mit der Geſchichte des förmlichen Notherbenrechts in der innigſten Verbindung; ſie mag daher, um unnütze Wiederholungen zu vermeiden, bis dahin ausgeſetzt bleiben, zumal die Erörterung des hauptſächlichen Inhalts der Conſtitution eher gewinnen als verlieren kann, wenn man dabei auf jedes mögliche Reſultat jener Unterſuchung Rückſicht nimmt.

Was nun zuvörderſt

1) die Perſonen anbelangt, für welche dies Ergänzungsrecht angeordnet iſt, ſo ſpricht das Geſetz ganz ausdrücklich von allen Pflichttheilsberechtigten [22]); es geht

22) L. 30. pr. C. *de inoff. test.* — „quam liberis — vel *aliis personis*, quibus eadem actio competere poterat“.

mithin auch auf Geſchwiſter, da dieſen aber ſo gut als den Deſcendenten und Aſcendenten ein Pflichttheilsrecht zukommt[23]. Im Zweifel ſind daher auch andere das Ergänzungsrecht betreffende Aeußerungen auf ſämmtliche zur Querel berechtigte Perſonen zu beziehen, wenn ſie gleich buchſtäblich nur von Kindern ſprechen[24], und nur wenn Inhalt oder Zweck eines Geſetzes deutlich auf das Gegentheil hinweiſen, iſt es auf die in demſelben ausdrücklich genannten Arten der Notherben zu beſchränken[25].

Betrachten wir hiernächſt

2) die Bedingungen, unter welchen der Notherbe auf ein bloßes Ergänzungsrecht beſchränkt wird, ſo iſt vor allen Dingen erforderlich, daß ihm aus dem Vermögen des Teſtirers etwas zugewandt ſey, was in den Pflichttheil eingerechnet werden muß[26]. Dieß können auch gewöhnliche Schenkungen ſeyn, welche unter der

23) *de* Schleinitz comment. cit. §. 19. Franke Notherbenrecht §. 25. S. 329. — Vgl. Bd. XXXV. dieſes Comment. §. 1421. S. 89 — 139.

24) Demnach würde auch die L. 35. §. 2. C. *de inoff. test.* (ſ. unten Note 30.) allgemein von allen Notherben zu verſtehen ſeyn (vgl. Bd. XXXV. dieſes Commentars §. 1421. b. S. 250. und S. 300. a. E.), auch wenn dies nicht in dem Schlußſatze dieſer Stelle (§. 3.) ausdrücklich angeordnet wäre.

25) Dies iſt z. B. der Fall bei der Vorſchrift der Nov. 115. c. 5. pr. (ſ. unten Note 33.); denn da das in dieſem Geſetze angeordnete neue Notherbenrecht ſelbſt auf Deſcendenten und Aſcendenten beſchränkt iſt, ſo kann auch jene Vorſchrift, wonach die gedachten Perſonen nur, wenn ſie zu Erben eingeſetzt ſind, auf eine Ergänzungsklage beſchränkt ſeyn ſollen, auf Geſchwiſter nicht bezogen werden.

26) Darüber ſ. Bd. XXXV. §. 1421. c. S. 294 — 315.

Bedingung, ſelbige in den Pflichttheil einzurechnen, gemacht ſind. Darüber könnte wohl kaum ein Zweifel entſtehen, fehlte es in Juſtinians Geſetz an aller Beſtimmung über die Art und die Objecte der Zuwendung. Denn da aus überwiegenden Gründen angenommen werden kann, daß früher ſchon eine mit der Bedingung der Einrechnung gemachte Schenkung die Querel ausſchloß, falls nur im Teſtamente die Ergänzung des Fehlenden angeordnet war (S. oben S. 4.), ſo würde daraus, daß der Kaiſer jetzt allemal das Ergänzungsrecht eintreten laſſen will „sive adjiciatur in testamento de adimplenda legitima portione, sive non“ [27]) von ſelbſt folgen, daß auch ohne eine ſolche Anordnung dergleichen Schenkungen nur ein Recht auf Ergänzung des Pflichttheils zu klagen, begründen könnten. Indeſſen beſtimmt der Kaiſer ausdrücklich, daß der Notherben im Teſtamente ſelbſt Erwähnung geſchehen und ihnen durch das Teſtament etwas zugewendet worden ſeyn müſſe: „Et haec quidem de his personis statuimus, quarum mentionem *testantes* fecerint, et aliquam eis quantitatem in hereditate, vel legato, vel fideicommisso, licet minorem legitima portione reliquerint“ [28]). Alles iſt hier ſo deutlich und beſtimmt, daß man nicht umhin kann, anzunehmen, Juſtinian habe wirklich beabſichtigt, die Klage auf Ergänzung des Pflichttheils ohne eine darauf gerichtete Verfügung des Teſtators nur dann an die Stelle der Querel treten zu laſſen, wenn dem Notherben im Teſtamente ſelbſt etwas zugewendet worden ſey. Doch in einer ſpäteren Conſtitution (aus dem Jahre

27) L. 3o. pr. C. *de inoff. test.*

28) L. 3o. pr. in f. Cod. *de inoff. test.*

530), worin der Kaiſer die Ungiltigkeit eines Verzichts auf die Querel beim Leben des Erblaſſers feſtſetzt[29], wird zugleich beſtimmt, daß die ohne Vorbehalt erfolgte Annahme oder Anerkennung deſſen, was der Teſtirer dem Notherben teſtamentariſch, oder durch eine *inter vivos donatio* mit der Bedingung der Einrechnung zugewendet habe, dem Notherben nicht nachtheilig ſey, ſondern ihm das Recht verbleibe, die Ergänzung des Pflichttheils zu fordern[30]. Daraus geht denn allerdings mit unzweifelhafter Gewißheit hervor, daß auch im Falle einer ſolchen Schenkung ſein Recht ſich auf die Ergänzungsklage beſchränke[31], und es iſt für das praktiſche Reſultat ganz gleichgiltig, ob dies jetzt erſt ſo beſtimmt werden ſollte, oder ob Juſtinian in dieſer Hinſicht nichts Neues anzuordnen glaubte[32]. Immer

29) L. 35. §. 1. C. *de inoff. test.*

30) L. 35. §. 2. C. *de inoff. test.* „Et generaliter definimus, quando pater minus legitima portione filio reliquerit, vel aliquid dederit, vel mortis causa donatione, *vel inter vivos*, sub ea conditione, ut haec inter vivos donatio in quartam ei computetur, si filius post obitum patris hoc, quod relictum vel donatum est, simpliciter agnoverit — — non adjiciens, nullam sibi superesse de repletione quaestionem, nullum sibi filium facere praejudicium, sed legitimam partem repleri“.—

31) Vgl. de Schleinitz l. l. §. 23. p. 61., und Franke a. a. O. S. 330.

32) Darauf führt der Umſtand, daß Juſtinian eigentlich nur entſcheiden will, ob die unbedingte Annahme das Ergänzungsrecht ausſchließe? mithin vorauszuſetzen ſcheint, daß eine weiter gehende Berechtigung dem Beſchenkten nicht zuſtehen könne, — wozu denn freilich ſeine Aeuſſerung in L. 30. pr. C. *eod.* nicht recht paſſen will.

aber muß hierbei doch vorausgeſetzt werden, daß ein Teſtament errichtet ſey, und nur das kann noch gefragt werden, ob in demſelben des Notherben gedacht ſeyn müſſe, oder nicht? Bei Geſchwiſtern, und, bis auf die Novelle 115, auch bei Eltern war dies nicht nöthig. In Anſehung der Deſcendenten aber kommt es darauf an, wie man über das Verhältniß des Juſtinianiſchen Ergänzungsrechts zu dem formellen Notherbenrecht denkt. (S. oben S. 15.) Hiernach war denn entweder die bloße Zuwendung eines in die Legitima einzurechnenden Vermögenstheils für genügend zu achten, oder aber auſſerdem noch eine förmliche Einſetzung oder Enterbung nöthig. Nach der Novelle 115. c. 3 und 4. kann nun freilich jenes auf keinen Fall mehr genügen, wenn Deſcendenten oder Aſcendenten als Notherben zu berückſichtigen ſind; es iſt vielmehr erforderlich, daß dieſe — falls nicht ihre gänzliche Ausſchließung nach Vorſchrift dieſes Geſetzes geſchehen kann — zu Erben eingeſetzt werden [33]. — Daß übrigens eine zu Recht beſtändige Enterbung, auch wenn dem Enterbten etwas zugewendet wird, das Ergänzungsrecht allemal ausſchließe, würde ſich auch ohne die darüber im Geſetz enthaltene ausdrückliche Beſtimmung [34] von

33) Nov. 115. c. 5. pr. „Haec autem disposuimus, ut et parentes et filios a testamentorum injuria liberos reddamus. Caeterum si qui heredes fuerint nominati, etiam si certis rebus jussi fuerint esse contenti, hoc casu testamentum quidem nullatenus solvi praecipimus, quicquid autem minus eis legitima portione relictum est, hoc secundum nostras alias leges ab heredibus impleri". — Franke a. a. O. S. 330 fg.

34) L. 30. pr. cit. — „si tamen non ingrati legitimis modis arguantur". — Vgl. *de* Schleinitz l. l. §. 22. p. 58. Nr. 1. §. 24. p. 62. §. 36. p. 85.

ſelbſt verſtehen, und eben ſo wenig kann es Gegenſtand eines gegründeten Zweifels ſeyn, daß die bloße Einſetzung des Notherben, ohne daß demſelben etwas aus dem Vermögen des Erblaſſers zugewendet wird, zur Anwendung von Juſtinians Conſtitution nicht genüge, da eine Ergänzung von ſelbſt durch das Vorhandenſeyn eines Theils, welcher ergänzt werden ſoll, bedingt iſt [35]. Der Ergänzungsklage bedarf es aber nicht, wenn der Teſtirer den Notherben eingeſetzt, allein ihm die Reſtitution der Verlaſſenſchaft, oder eines ſo großen Theils derſelben, daß er dadurch an ſeinem Pflichttheile verletzt erſcheint, aufgetragen hat. Denn da alle Laſten und Beſchwerden, ſoweit ſolche den Pflichttheil betreffen, ipso jure ungiltig ſind [36], ſo kann der Notherbe in dieſem Falle den ihm gebührenden Theil retiniren, oder aber das zu viel Gezahlte mit der condictio indebiti, oder der rei vindicatio zurückfordern [37].

35) Vgl. oben Bd. XXXV. §. 1421. d. S. 320 — 323., und *de* Schleinitz in d. ang. Commentat. §. 24. p. 64 sqq.

36) L. 32. L. 36. pr. und §. 1. C. *de inoff. test.* (S. Bd. XXXV. §. 1421. d. S. 324 fgg.).

37) L. 39. D. *de cond. ind.* (XII. 6.), arg. L. 1. §. 11. L. 26. pr. D. *ad Leg. Falcid.* (XXXV. 2.) — *de* Schleinitz comment. cit. p. 73. — Nur dann fällt die Zurückforderung weg, wenn die Reſtitution des Ganzen, oder eines größeren Theils, als wozu man genöthigt werden konnte, freiwillig geſchehen iſt, oder der Notherbe ſich dabei doch nur in einem Rechtsirrthume befand, welcher hier die Zurückforderung verhindert. L. 9. §. 5. D. *de juris et facti ignor.* (XXII. 6.), L. 7. C. *de fideic.* (VI. 42.); L. 7. C. *de condict. indeb.* (IV. 5.); arg. L. 2. C. *si advers. solution.* (II. 33.). — S. das Archiv f. civiliſt. Praxis Bd. II. S. 393 fg. — Bei der Allgemeinheit der

Es iſt aber ferner

3) auch noch die Natur des Rechtsmittels ſelbſt, mittelſt welches die Ergänzung gefordert wird, hier in Erwägung zu ziehen. Nach der gewöhnlichen Meinung iſt dies eine gegen die Erben gerichtete, aus einer geſetzlichen obligatio entſpringende Perſonalklage, actio suppletoria oder expletoria, auch condictio ex L. 30. C. *de inoff. test.* genannt, welche letztere Benennung wir ſchon bei der Gloſſe finden[38]. Nach einer anderen, jedoch nicht ſehr verbreiteten Anſicht iſt es eine ſog. in rem scripta actio[39]. Dieſe Anſicht ſtützt ſich zunächſt darauf, daß Juſtinian vorſchreibt, die Ergänzung ſolle aus der Subſtanz des Vermögens ſelbſt geſchehen[40], woraus man denn ſchließt: der Notherbe könne jeden Beſitzer von Erbſchaften, namentlich alſo nicht blos den Erben, ſondern auch Vermächtnißnehmer in Anſpruch nehmen. Demnächſt beruft man ſich zur Unterſtützung auch noch auf einige Stellen, die vom patronatiſchen

desfallſigen Beſtimmungen unſerer Quellen muß angenommen werden, daß eine durch bloßen Rechtsirrthum veranlaßte Leiſtung auch die Befugniß ausſchließe, das zu viel Gezahlte mit der Eigenthumsklage zurück zu fordern.

38) Die Accurſiſche Gloſſe enthält nämlich bei den Worten: „ad implendam eam sine ullo gravamine vel mora exigere" die Bemerkung: *condictione ex hac lege.*

39) Sie findet ſich, wie es ſcheint, zuerſt bei Bartolus, jedoch nur der Sache nach, indem er den Namen actio in rem scripta nicht hat. M. ſ. Bartolus de *Saxoferrato* super secunda parte infortiati ad L. In quartam (91) D. *ad Leg. Falcid.* in f. — S. auch die Bd. VII. des Commentars §. 550. S. 146. not. 73. angeführten Schriften.

40) L. 36. pr. in f. C. *de inoff. test.*

Erbrechte handeln[41]. Dieſe Stellen nun können hier überall nichts beweiſen, wenn auch überhaupt von dem Pflichttheil des Patrons ein Schluß gelten könnte auf die Legitima verwandter Perſonen[42]. Denn da der Patron, dem die ihm gebührende Erbquote nicht zugewendet wurde, bonorum possessio contra tabulas erhielt[43], ſo konnte er auch die einem Erben zu Gebote ſtehenden Rechtsmittel ausüben[44]. Aber eben ſo wenig darf man ſich hier auf die erwähnte Vorſchrift Juſtinians beziehen. Denn, daß der Pflichttheil aus der Subſtanz des Vermögens hinterlaſſen und ergänzt werden ſoll, heißt nur: es ſollen bloße Nutznießung und zufällige Vortheile, die der Notherbe durch Beerbung des Teſtirers erhalten kann, hier nicht gerechnet, ſondern bei Berechnung des Pflichttheils ſoll der wirkliche Vermögenswerth beim Tode des Erblaſſers in Anſchlag gebracht werden[45].

Nicht begründeter iſt die von Rechtsgelehrten des erſten Ranges vertheidigte Meinung, daß es eine eigenthümliche Ergänzungsklage gar nicht gebe, ſondern die Ergänzungsklage gar nicht gebe, ſondern die Ergänzung nach dem präſumtiven Willen des Teſtirers gefordert werde, mithin der Notherbe — je nachdem ihn der hinterlaſſene Theil als Erben oder als Vermächtnißnehmer

41) L. 10. pr. L. 20. §. 2. und 3. D. *de bonis libertor.* (XXXVIII. 2.)

42) M. ſ. hierüber Bd. XXXV. des Commentars §. 1421. b. S. 266 fg.

43) L. 3. §. 10. D. *de bonis libertor.*

44) L. 1. L. 2. D. *de bon. poss.* (XXXVII. 1.) *de* Schleinitz l. l. §. 12. p. 38.

45) S. Bd. XXXV. des Commentars §. 1421. d. S. 325 fgg.

zugewendet worden — das Fehlende mit der hereditatis petitio, der actio familiae herciscundae, oder der actio legati vel fideicommissi, ſein Recht geltend mache[46]. Soll dieſe Meinung mit Conſequenz durchgeführt werden, ſo folgt aus ihr, daß da, wo nach dem ausgedrückten oder ſonſt erkennbaren Willen des Teſtirers, der Notherbe auf das ihm Hinterlaſſene eingeſchränkt ſeyn ſoll, Juſtinians Conſtitution nicht zur Anwendung kommen könne, ſondern nunmehr das vollſtändige Notherbenrecht wirkſam werde, alſo dem verletzten Notherben die gewöhnlichen Impugnativmittel gegen das Teſtament zuſtehen. In der That wird dies auch von A. Faber behauptet[47]. Allein hieraus ergiebt ſich hauptſächlich das Irrige dieſer ganzen Anſicht, indem dieſe Folgerung nicht blos dem Zwecke des Geſetzgebers geradezu widerſtreiten würde[48], ſondern auch in einem offenbaren Widerſpruche mit einer ſpäteren Vorſchrift des Kaiſers ſteht, nach welcher: wenn ein Notherbe nur eingeſetzt iſt, ſey es auch mit der Beſtimmung, ſich mit dem Hinterlaſſenen zu begnügen, dennoch kein Impugnativmittel gegen das Teſtament, ſondern lediglich das Ergänzungsrecht ſtatt finden ſoll[49].

46) Chifletius de port. leg. c. 15. in f. Nr. 4. *A.* Faber error. pragmat. Dec. XIV. Error. VIII. Bachovius ad inst. Tit. de inoff. test. §. 4. Nr. 2. *A.* Vinnius ad eand. §. 4. Nr. 2. Unterholzner ausführl. Entwickelung der Verjährungslehre Bd. II. §. 171.

47) l. l. p. (ed. Lugd. 1598) 341 squ.

48) S. Bd. XXXV. d. Comment. §. 1421. d. S. 323. a. E. fg.

49) Nov. 115. c. 5. pr. Die hieher gehörige Stelle lautet nach der Vulgata ſo: „Ceterum si qui heredes fuerint nominati, etiam si certis rebus jussi fuerint esse contenti,

Unläugbar hat die gemeine Meinung nicht blos den Buchſtaben des Geſetzes, ſondern auch die Uebereinſtimmung mit allgemeinen Begriffen und Rechtsgrundſätzen für ſich. Der Kaiſer ordnet an: es möge der Teſtirer die Ergänzung befohlen haben, oder nicht, ſo ſolle dennoch das Teſtament zu Recht beſtehen, der Notherbe aber das an dem Pflichttheil Fehlende fordern dürfen. — Das Geſetz führt alſo ein von dem Willen des Teſtirers ganz unabhängiges Forderungsrecht ein. Er fügt hinzu: dagegen ſolle auch den ernannten Erben der Beweis nichts helfen, daß der Notherbe die Ausſchließung verdiene — falls nicht der Teſtirer ſelbſt dies erklärt habe[50]. Schon hieraus geht hervor, daß die Forderung nicht allgemein (in rem scripta) ſeyn, ſondern nur wider die Erben ſtatt finden ſolle. Beſtimmter noch iſt dies in der Nov. 115. c. 5. pr. erklärt, wo es heißt: quicquid autem minus eis legitima portione relictum est, hoc secundum nostras alias leges *ab heredibus* (*παρὰ τῶν κληρονόμων*) impleri" [51]. Da nun alſo ein For-

hoc casu testamentum quidem nullatenus solvi praecipimus, quicquid autem minus eis legitima portione relictum est, hoc secundum nostras alias leges ab heredibus impleri."

50) L. 30. pr. C. *de inoff. test.* — „Nam si nullam eorum quasi ingratorum fecerit mentionem, non licebat ejus heredibus ingratos eos nominare, et hujusmodi quaestionem introducere."

51) *Claud. de* Battandier de legit. art. XVI. (in den tractat. aliquot de legit. Neost. 1594. p. 748. h.) *de* Schleinitz l. l. p. 33. et 39. (Doch iſt dieſer ſeiner Anſicht nicht ganz getreu geblieben. S. unten Not. 66. und den dazu gehörigen Text.) Franke Notherbenrecht S. 331 fg.

derungsrecht unmittelbar durch Geſetz begründet, die Klage ſelbſt aber nicht näher bezeichnet iſt, ſo darf man dieſer wohl den Namen einer condictio ex Lege beilegen [52]. Man könne ſie darnach auch für eine stricti juris actio halten [53]; doch liegt freilich die Einführung neuer stricti juris actiones nicht in dem Geiſte von Juſtinians Geſetzgebung, und eben ſo wenig paßt hiezu der ganz arbiträre Charakter dieſer Klage: es iſt nämlich zu ermitteln, ob der Notherbe ſeinen Pflichttheil vollſtändig empfangen habe, wobei auch auf gewiſſe beim Leben des Erblaſſers bereits erhaltene Zuwendungen Rückſicht genommen wird; es ſoll ihm ferner die Pflichttheils-Quote ohne Verzug aus dem Vermögen gewährt werden, wie ſolches beim Tode des Erblaſſers beſchaffen war [54], mithin gebühren ihm von ſelbſt die Aufkünfte

52) Arg. L. un. D. *de condict. ex Lege* (XIII. 2.) „Si obligatio lege nova introducta sit, nec cautum eadem lege, quo genere actionis experiamur, ex lege agendum est.“ — Ed. Gans über römiſches Obligationenrecht (Heidelb. 1819.) S. 25 fg.

53) Denn daß die eigentlichen Condictionen, auch wenn ſie aus der natürlichen Billigkeit entſprungen ſind, ſämmtlich stricti juris actiones waren, wird man jetzt wohl kaum bezweifeln, zumal es dafür auch ein ausdrückliches Zeugniß giebt, nämlich in der Paraphraſe des Theophilus und §. 3. Inst. *de exceptionib.* — Vgl. Gans über römiſches Obligationenrecht §. 3. Meine Beurtheilung dieſer Schrift in den Heidelberger Jahrbüchern für Literatur. Jahrg. 1821 S. 55 — 57.

54) L. 32. L. 36. pr. und §. 1. C. *de inoff. test.* — An der letzten Stelle heißt es: „omnem dilationem omnemque moram esse subtrahendam, ut quarta pars pura et mox filio restituatur.“

dieſer Quote [55]), und, wenn ſich auch nicht ſchon aus anderen Aeuſſerungen (ſ. Note 52) ſchließen ließe, daß die gewöhnlichen Folgen eines Verzugs bei dieſer Forderung eintreten ſollen, ſo würde dies doch aus der ausdrücklichen Beſtimmung folgen, es ſoll die Ergänzung allemal boni viri arbitratu geſchehen [56]). Hiernach iſt denn die gemeine Meinung für richtig zu halten, daß die Ergänzungsklage dem Weſen nach eine bonae fidei actio [57]), und das Geſuch des Klägers darauf zu richten ſey: daß Beklagter dasjenige, was dem Kläger an dem gebührenden Pflichttheile mangelt, demſelben — mit allen Nutzungen, nebſt Erſtattung aller Schäden (oder des geſammten Intereſſes) auszuantworten ſchuldig [58]).

55) S. Bd. XXXV. des Commentars §. 1421. d. p. 329.

56) L. 36. pr. cit. „etsi non adjiciatur, *viri boni arbitratu repleri filio*, attamen ipso jure inesse *eandem repletionem.*“

57) S. de SCHLEINITZ Comment. cit. p. 33. in f. squ. — Für stricti juris hält ſie CHIFLETIUS de portione legit. cap. XV. (in OTTONIS thes. T. V. p. 761), freilich mit der Modifikation, daß auch die Früchte ſeit dem Todestage des Erblaſſers mit derſelben gefordert werden können. — Für das heutige Recht kommt hierauf ohnehin nichts an, ſondern es wird in der Regel jede Klage nach den für die römiſche arbitrariae und bonae fidei actiones geltenden Gundſätzen behandelt, wenn nicht die beſondere Natur des zu Grunde liegenden Rechts ein anderes mit ſich bringt (wie z. B. bei der Wechſelklage), wobei denn aber wieder nicht die für die römiſche stricta judicia geltenden, ſondern dem Rechtsverhältniſſe entſprechende eigenthümliche Normen zur Anwendung kommen. S. meine doctrina Pandectar. Vol. II. §. 329. Nr. 6. der 3. Aufl.

58) Schmidt practiſches Lehrb. von gerichtlichen Klagen und

Auf einem offenbaren Mißverſtändniſſe beruht es aber, wenn v. Schleinitz unſere Klage eine mixta actio nennt, weil ſie nicht blos reiperſecutoriſch, ſondern möglicherweiſe auch auf Verfolgung einer Strafe gerichtet ſey, ſoferne nämlich Juſtinian in einer ſpäteren Conſtitution [59]) beſtimme, daß der eingeſetzte Erbe, welcher ſich weigere, dem Notherben den ihm gebührenden Theil auszuzahlen, und auch ſogar einem ihn verurtheilenden richterlichen Erkenntniſſe nicht nachkomme, noch ein Drittheil mehr, als dem Notherben hinterlaſſen ſey, zahlen müſſe [60]). Das Geſetz ſpricht aber nur von dem Teſtamente eines Aſcendenten, welcher einem oder einigen Deſcendenten den größten Theil ſeines Vermögens zuwendet, den andern einen geringeren, jedoch wenigſtens ſoviel als die Legitima beträgt. Weigern jene die Auszahlung, ſelbſt nachdem ſie zu derſelben ſchon richterlich verurtheilt

Einreden §. 552. — Die Meinung einiger Rechtslehrer, daß die Ergänzungsklage durch eine ſtillſchweigende Hypothek geſichert ſey, iſt durch den Irrthum veranlaßt, daß der Notherbe nicht ex lege, ſondern ex testamento klage. S. dagegen *Ant.* Merendae controvers. jur. Lib. XIII. c. 1. nr. 12.

59) L. 33. pr. Cod. *de inoff. test.*

60) *de* Schleinitz Comment. cit. §. 11. p. 34 squ. — Noch unrichtiger iſt der Sinn der angeführten Conſtitution von Glück in dem VIIten Bde des Commentars §. 546. S. 92. dahin beſtimmt: daß, wenn der eingeſetzte Erbe dem Notherben nicht gutwillig ſofort nach dem Tode des Erblaſſers den Pflichttheil auszahle, ſondern ſich deshalb erſt verklagen und verurtheilen laſſe, derſelbe noch den dritten Theil mehr, als dem Notherben zum Pflichttheile hinterlaſſen worden, zur Strafe geben müſſe. — Vgl. auch daſelbſt §. 550. S. 152 a. E. fg.

ſind, ſo ſollen ſie den Letzteren noch ein Drittheil mehr zahlen, als das ihnen Hinterlaſſene beträgt[61]. Abgeſehen alſo davon, daß die Stelle nicht von Notherben überhaupt, ſondern nur von Deſcendenten handelt, welche mit Deſcendenten concurriren, ſo iſt in ihr auch nicht entfernt von dem geſetzlichen Ergänzungsrecht, und überhaupt nicht von der Ergänzung eines unvollſtändig hinterlaſſenen Pflichttheils, ſondern von den Folgen des Ungehorſams gegen die ausdrücklichen Anordnungen des Teſtirers die Rede; ſie gehört folglich in keiner Beziehung hieher[62].

61) „Si quis suo testamento maximam quidem portionem libero relinquat, minusculam autem alii, vel aliis de stirpe sua progenitis, *ipsam tamen legitimam* — — — — — — et ille quidem, qui ex parvulo genitoris sui consequitur substantiam, eam suscipere maluerit, (d. h., wenn der, welcher den kleineren Theil erhalten ſoll, damit zufrieden iſt), qui autem ex majore parte eam amplexus est, sive unus sive plures sint, non statim et sine contentioso proposito vel ulla mora eam restituere voluerit, sed expectato judiciorum strepitu — — post longum tempus ex sententia judicis vix eam reddiderit, crudalitatem ejus competenti poena aggredimur, ut — — — non tantum in id, quod testator voluit eum restituere condemnatur, sed etiam aliam tertiam partem quantitatis, quae fuerit in testamento derelicta — reddere cogatur." — Unbeſtimmtes und Ueberflüſſiges iſt freilich auch in den hervorgehobenen Worten der Conſtitution immer noch genug. Wer aber aufmerkſam lieſ't und mit Juſtinians Darſtellungsweiſe einigermaßen vertraut iſt, wird über den Sinn nicht zweifelhaft ſeyn können.

62) S. Marezoll über den wahren Sinn der const. 33. pr. C. 3. 28, in der von ihm, Linde und Wening-Ingenheim herausgegebenen Zeitſchrift für Civilr. und Pro-

Es iſt alſo die Ergänzungsklage eine perſönliche, gegen die eingeſetzten Erben oder Miterben gerichtete, und zwar, da ſolidariſche Verbindlichkeit nicht angeordnet iſt, wider jeden nach Maaßgabe ſeines Erbtheils, ſo jedoch, daß derjenige, welcher ſelbſt Notherbe, und auf nicht mehr als den ihm gebührenden Inteſtaterbtheil eingeſetzt iſt, gar nicht in Anſpruch genommen werden kann [63].

zeß. Bd. III. Obs. XX. S. 362 fg. Die richtige Erklärung findet ſich im weſentlichen ſchon in der zweiten Auflage meiner doctrina Pandect. Vol. II. §. 495. in f. — Vgl. die Note 10. zu §. 680. der 3ten Aufl. — Genauer hätte ſie noch ausgedrückt werden können, daß dieſelbe Strafe auch ſtatt finde, wenn der Teſtirer dem zurückgeſetzten Notherben mehr als den Pflichttheilsbetrag hinterlaſſen hat.

63) Arg. L. 1. §. 3. D. *si pars hered. petatur* (V. 4.) et L. 19. D. *de inoff. test.* verb.: „Sed non est admittendum, ut adversus sororem audiatur, agendo de inofficioso." — Glück Comment. Bd. VII. §. 550. S. 146. Nr. 4. *de* Schleinitz Comment. cit. §. 28. p. 71. Franke Notherbenrecht S. 334. — Dabei entſteht noch die Frage: ob, wenn nach Stämmen geerbt wird, ein im Pflichttheile verkürzter Notherbe die Ergänzung lediglich von ſeinen Stammgenoſſen, welche mehr erhalten haben, als ihnen gebührt, oder von allen begünſtigten Miterben, nach Verhältniß ihrer Erbquote zu fordern berechtigt iſt? — Letzteres iſt richtiger. Denn obgleich hinſichtlich deſſen, was die zu einem Stamme gehörigen Enkel mit einander zu theilen haben (des Inteſtaterbtheils der Legitima) dieſelben nur für eine Perſon gezählt werden. (S. Bd. XXXV. §. 1421. b. S. 273 fgg.), ſo iſt doch davon, wie viel der zurückgeſetzte Notherbe verlangen dürfe, hier überall nicht die Rede, ſondern es frägt ſich nur: ob er gegen alle begünſtigte Miterben die Ergänzungsklage anſtellen könne? Und dies iſt in Folge des Grundſatzes zu bejahen, daß jeder Erbe in An-

Von ſelbſt verſteht ſich, daß auch der Erbe des Erben belangt werden kann, ſo wie derjenige, welchem die Erb-

ſpruch genommen werden kann, durch deſſen Einſetzung dem zurückgeſetzten Notherben etwas von ſeinem Pflichttheile entzogen iſt; denn die Stammgenoſſen ſind ja nicht blos in Beziehung auf einander als Miterben zu betrachten, ſondern an und für ſich concurriren ſie zu der geſammten Erbſchaft, obgleich ſie zuſammen nur eine Erbſchaftsquote erhalten. Auch wird dies durch den allgemeinen Ausdruck des Geſetzes beſtätigt, wonach ſchlechthin die Erben als verpflichtete Perſonen genannt ſind. — Angenommen alſo, zu einem Vermögen von 12000 concurriren drei Deſcendenten-Stämme, zwei Söhne (A. B.) und drei Enkel von einem vorverſtorbenen Sohne (C. D. E.). Sie ſind ſämmtlich zu Erben eingeſetzt, ſo jedoch, daß A. 2000, B. 5000, C. nur 500, das übrige (alſo 4500) D und E erhalten ſollen. Wenn hier der zurückgeſetzte C. ſeine Ergänzung blos von ſeinen Stammgenoſſen forderte, ſo würden dieſe allerdings ſo viel behalten, als ihnen ab intestato gebührt. Allein dieſer Umſtand kann den ebenfalls verpflichteten B nicht liberiren; die Ergänzung wird, dem Obigen gemäß, vielmehr von B. D und E. nach Verhältniß des ihnen zugewieſenen Erbtheils gefordert. So wurde auch in einem etwas verwickeltern Rechtsfalle entſchieden, den Hagemann referirt (in den practiſchen Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrſamkeit. Sechſter Bd. XXV. Erörterung). Indeſſen kann der Grund, worauf die dort gefällte Entſcheidung geſtützt wird, daß nämlich die Klage gegen die Notherben aller Linien ſtatt findet, welche mehr als den ihnen rechtlich zukommenden Pflichttheil empfangen haben, — für richtig nicht gehalten werden. Geſetzt daher, es concurriren zwei Stämme zu einem Vermögen von 12000, jedem aber wären 6000 zugewieſen, ſo würde ein verkürzter Stammgenoſſe nur von den Miterben ſeiner Linie die Ergänzung fordern dürfen, weil man hier nicht ſagen

ſchaft aus einem Univerſal-Fideicommiß reſtituirt iſt [64]; nicht aber auch der Erbſchaftskäufer [65]. Daß Singular-Vermächtnißnehmer der Ergänzungsklage nicht ausgeſetzt ſeyn können, geht ſchon aus dem oben feſtgeſtellten Begriffe dieſer Klage hervor. Nichtsdeſtoweniger behauptet v. Schleinitz, welcher im übrigen die richtige Anſicht vertheidigt, für den Fall das Gegentheil, wenn die Erben, welche mit der Ergänzungsklage in Anſpruch genommen werden könnten, ſelbſt nicht mehr als den ihnen gebührenden Pflichttheil aus der Erbſchaft erhalten; z. B. ein Vater ſetzt ſeine Kinder zu Erben ein, und zwar das eine auf weniger als der Pflichttheil beträgt, die andern auf das übrige Vermögen, beſchwert dieſe aber mit ſo großen Legaten, daß ihnen nur die Legitima verbleibt. Weil nun von mehrern Miterben blos diejenigen mit der ſuppletoriſchen Klage belangt werden können, welche mehr haben, als ihnen geſetzlich zukommt (Note 63), ſo ſoll hier nur der Ausweg übrig bleiben, die Ergänzung mit einer utilis condictio de supplenda legitima von den Legatarien zu fordern. Zwar habe es ſeine Richtigkeit, daß man dieſe Klage nicht als eine in rem scripta actio, ſondern nur als eine perſönliche betrachten dürfe; allein nicht als Beſitzer würden hier die Vermächtnißnehmer belangt, ſondern weil ihnen mehr zugewandt worden, als mit dem Rechte der Notherben verträglich

kann, daß durch die andere Linie, an die ja nur gekommen iſt, was ihr ab intestato gebührt, ein Recht des Klägers verletzt ſey.

64) §. 7. Inst. *de fideic. hered.* — *de* Schleinitz l. l. p. 73.

65) L. 2. C. *de her. vel act. vend.* (IV. 39). L. 2. Cod. *de* pact. (II. 3.) L. 2. C. *de leg.* (VI. 37). — Glück im 16ten Bande des Commentars §. 1015. S. 374 fg.

ſey. Auch erhalte dieſe Meinung eine nicht unerhebliche Unterſtützung dadurch, daß im Fall einer donatio inofficiosa die Ergänzungsklage gegen die Beſchenkten ſtatt finden, ein Legat ja aber ebenfalls nichts ſey, als eine im letzten Willen angeordnete Schenkung[66]. Allein dieſe Gründe ſind nicht ſchwer zu widerlegen. Denn, daß von mehreren Miterben diejenigen nicht in Anſpruch genommen werden ſollen, welche nur haben, was ihnen geſetzlich zukommt, ſetzt natürlich voraus, daß es neben ihnen andere Erben giebt, welche überall kein Pflichttheilsrecht, oder doch mehr aus der Erbſchaft erhalten haben, als ihnen nach geſetzlichem Erbrechte gebührt. Hier würde es eine zweckloſe Weitläuftigkeit ſeyn, wenn dennoch die Klage wider Alle pro rata gerichtet werden, und den erſteren blos das Recht zuſtehen ſollte, das, was ſie von ihrem geſetzlichen Erbtheile dem Kläger haben herausgeben müſſen, ihren Miterben wieder abzufordern. Anders verhält es ſich in unſerem Falle. Die Miterben haben ſämmtlich Notherbenrechte. Den nicht im Pflichttheile Verletzten iſt an ſich ein größerer Erbtheil, als ſie zu fordern befugt ſind, zugewieſen, nur iſt derſelbe mit Vermächtniſſen beſchwert; die Anderen haben die Ergänzung des Pflichttheils als Schuld zu fordern. Immerhin möchte der Geſetzgeber ſie dieſerhalb an die Vermächtnißnehmer verwieſen haben; da dies aber nicht geſchehen iſt, ſo müßte ſelbſt dann, wenn das Geſetz auch ausdrücklich die Erben an die Schuldner bezeichnet hätte, es hier bei der Regel bleiben, nach welcher die Gläubiger mit ihren Forderungen ſich an die Erben halten, dieſe aber das an die Legatarien zu Viel

66) *de* Schleinitz Comment. cit. §. 30. p. 75 — 80.

Gezahlte von denſelben zurückfordern [67]. Die von der donatio inofficiosa hergenommene Analogie aber iſt hier ganz unpaſſend, da dieſer Begriff, und die daran geknüpfte Folge, die liebloſe Schenkung ſo weit zu reſcindiren, als das Pflichttheils-Recht dies erfordert, es von ſelbſt mit ſich bringt, daß das Fehlende von den Beſchenkten gefordert werde [68].

Auch andere, auf die Ergänzungsklage ſich beziehende Fragen laſſen ſich am einfachſten beantworten, wenn man daran feſthält, daß ihr eine perſönliche Forderung wider die Erben zu Grunde liegt. Wenn man daher auch in einem gewiſſen Sinne ſagen kann, daß ſie an die Stelle der querela inofficiosi testamenti trete, ſo leiden doch die Eigenthümlichkeiten dieſer Klage keinesweges eine Anwendung auf dieſelbe; die Ergänzungsklage iſt keine ſ. g. vindictam spirans actio. Sie geht daher auch unvorbereitet auf die Erben über und wird

67) L. 2. §. 1. D. *de cond. indeb.* (XII. 6.) L. 15. Cod. *de legat.* (VI. 37). — Der Erbe zieht alſo dem Legatar die Schulden ab, mithin auch das, was mit der Ergänzungsklage gefordert werden kann. Auch verſteht ſich, daß er ſeine eigne Legitima frei behalten muß. Nur daß er ſeinen ganzen Inteſtaterbtheil frei behalte, kann er freilich nicht verlangen, da nur die Legitima nicht mit Vermächtniſſen beſchwert werden darf. Dadurch unterſcheidet ſich denn dieſer Fall von dem oben erwähnten, wenn nämlich extranei und Pflichttheilsberechtigte zuſammen eingeſetzt ſind. Alsdann können dieſe freilich, auch wenn ſie ihren vollen Inteſtaterbtheil haben, die Ergänzungsforderung lediglich an die Erſteren verweiſen, weil ja nur durch deren Einſetzung das Pflichttheilsrecht der zurückgeſetzten Notherben verletzt iſt. (S. die Note 63.)

68) L. 6—8. C. *de inoff. donat.* (III. 29.) Nov. 92. c. 1. pr.

nicht ſchon binnen 5 Jahren, ſondern erſt durch den Ablauf von 30 Jahren, wie in der Regel alle Klagen, verjährt. Doch ſtreitet man hierüber [69]. Bartolus will

69) S. Bd. VII. des Commentars §. 550. S. 147—152., wo bereits die richtige Meinung vorgetragen wird. Sie darf auch als die gemeine betrachtet werden. M. ſ., auſſer den bereits von Glück angeführten Schriften: Baldus ad L. 34. Cod. *de inoff. test.* Nr. 6. (welcher unter andern ſehr richtig gegen Bartolus bemerkt: „jus agendi ad supplementum, — quia est introductum odio querelae ad eam submovendam, *non sapit eandem naturam*, *sed contrariam*, nec tollitur eadem temporis praescriptione, *quia jus agendi ad supplementum est favorabile*, *sed querela est odiosa*"); und von den Neueren: Hofacker principia jur. civil. rom. germ. T. II. §. 1719. in f. Thibaut Syſt. d. P. R. §. 815. Günther principia juris romani privati noviss. T. II. §. 742. — Schweppe röm. Privatrecht §. 965. a. E. von Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts Buch V. §. 152. Meine doctrina Pandectarum T. III. §. 680. Nr. 4. in f. Warn-Koenig comment. juris rom. privati. T. III. §. 111. — Ferner *de* Schleinitz comment. cit. §. 13. und 34. Franke Notherbenrecht §. 25. S. 335 fg. — Freilich fehlt es nicht an angeſehenen Juriſten, die das Gegentheil vertheidigen; ſo Cujacius in consultationib. consult. LX. *Ant.* Merenda controv. jur. Lib. XXIII. cap. 39. §. 13. und 14. *Ulr.* Huber praelect ad Pand. Tit. de inoff. test. §. 20. *Ger.* Noodt comment. in Dig. Tit. de inoff. test. §. *Sic jus fuit* (opp. T. II. p. 140.). Doch ſelbſt von dieſen bezeugen Einige, daß die meiſten Juriſten der entgegengeſetzten Meinung ſeyen, z. B. ſagt Merenda l. l. „quam (*Bartoli* doctrinam) repudiant quidem DD." und auf ähnliche Weiſe Noodt: fere omnes consentiunt, arbitrati, huic (actioni) praescribi demum spatio triginta annorum."

die Eigenthümlichkeiten der Querel auf ſie bezogen wiſſen, „quia jus ad supplementum succedit in locum querelae, ergo sortitur ejus naturam“ [70]). Auſſerdem berufen die Vertheidiger dieſer Meinung ſich auch auf die Schlußworte der L. 34. C. *de inoff. test.*, worin Juſtinian ſich allerdings ſo ausdrückt, daß man verſucht werden kann zu glauben, Alles, was vom Uebergange der Querel auf die Erben, von der Verjährung der Querel und vom Verzichte auf dieſelbe gilt, ſolle auch für die Ergänzungsklage gelten. Dieſe Conſtitution iſt aber bereits an mehreren Orten des Commentars ausführlich erklärt [71]) und gezeigt worden, daß die hier hauptſächlich in Betracht kommenden Worte des Geſetzes überall nicht auf das Ergänzungsrecht gehen, ſondern dies nur erwähnt werde, um ſo vollſtändig als möglich den Gedanken auszudrücken, daß die Vererbung der Querel jedenfalls wegfalle, wenn die Klage für den Pflichttheilsberechtigten ſelber unmöglich ſey [72]). Dagegen darf man ſich allenfalls wohl auf dies Geſetz berufen, um zu beweiſen, daß die Ergänzungsklage ohne Vorbereitung übergehe. Denn das Geſetz beſtimmt die Bedingungen, unter welchen auch die nicht vorbereitete Querel auf Deſcendenten des Notherben übergehen ſoll, und fügt dann hinzu: es falle aber die Querel weg, wenn dem Vater die Ergänzungsklage zugeſtanden haben würde, indem alsdann ja auch der Sohn

70) Bartolus ad Leg. 34. C. *de inoff. test.*

71) Bd. VII. §. 550. S. 147—152. (Nr. 6.) und Bd. XXXV. §. 1421. e. S. 463—472. (Nr. III.)

72) S. beſonders die zuletzt angeführte Stelle des Commentars Bd. XXXV. S. 469 fg. Uebereinſtimmend hiermit ſind auch, auſſer den daſelbſt angeführten Schriften, *de* Schleinitz comment. cit. §. 34. Franke Notherbenrecht S. 335 fg.

auf Ergänzung klagen dürfe; wobei mithin als ſich von ſelbſt verſtehend vorausgeſetzt wird, daß die Ergänzungsklage in jedem Falle übergehe [73]. Indeſſen bedarf es dieſes Arguments hier nicht; genug, daß die L. 34. cit. nichts enthält, was der hier vertheidigten Anſicht entgegen ſteht. — Die Singularitäten der Querel haben ihren Grund darin, daß dieſe Klage nicht begünſtigt war, daher man ſie möglichſt zu beſchränken ſuchte. Eben dieſem Grunde hat denn auch die geſetzliche Ergänzungsklage ihr Daſeyn zu verdanken [74]. Was kann uns daher wohl berechtigen, die aus dem odium querelae hervorgegangenen Beſchränkungen auch auf dieſe Klage zu übertragen! Wir dürfen dies um ſo weniger, da nach des Kaiſers ausdrücklicher Erklärung das Geſetz hier ja eigentlich nur die mangelnde Willensäuſſerung des Teſtirers ergänzen ſoll [75]; woraus zwar nicht folgt, daß eine auf Ergänzung des Pflichttheils gerichtete Anordnung des Teſtirers durch das Geſetz fingirt, oder wohl gar präſumirt werde, und daher denn auch die für dieſen Fall zuläſſigen Rechtsmittel hier ſtatt finden müßten, — wohl aber, daß man ohne innern Widerſpruch die aus der eigenthümlichen Natur eines nicht begünſtigten und durch unbillige Ausſchließung eines Notherben veranlaßten Rechtsmittels hier nicht zur Anwendung bringen dürfe. Mit Recht ſagt

73) Glück Commentar Bd. VII. S. 147. Nr. 5. Franke a. a. O. S. 335.

74) L. 30. pr. C. *de inoff. test.* — Vgl. Bd. XXXV. des Commentars §. 1421. d. S. 323 fg.

75) L. 36. pr. C. *de inoff. test.* — „etsi non adjiciatur, viri boni arbitratu repleri filio, attamen ipso jure inesse eandem repletionem.“

daher von Schleinitz[76]: „heredem non omnibus exceptionibus rite uti, quibus adversus inofficiosi querelam tutus est, *sed iis tantummodo, quae ex odio et rescissoria natura querelae originem non trahunt.*" Ganz dieſem Grundſatze gemäß erklärt denn auch Juſtinian die ohne Vorbehalt geſchehene Annahme des hinterlaſſenen Theils für unnachtheilig in Anſehung des Nachforderungsrechts, und will nur dann die Ergänzungsklage ausgeſchloſſen wiſſen, wenn der Notherbe auf das Fehlende ausdrücklich verzichtet hat[77]. Es liegt hierbei lediglich die Anwendung der allgemeinen Regel zu Grunde, daß durch die Annahme einer Stückzahlung die Gläubiger keineswegs auf die Forderung des noch übrigen Theils verzichtet[78]. Anders verhielt es ſich bei der Querel. Dieſe bezweckt, das Teſtament als lieblos ganz über den Haufen zu werfen. Nimmt der Notherbe nun das ihm in demſelben Hinterlaſſene an, ſo kann er, ohne mit ſich in offenbaren Widerſpruch zu gerathen, nicht mehr darauf beſtehen, daß das Teſtament für ungiltig

76) In der oft angeführten Comment. §. 13. p. 40.

77) L. 35. §. 2. Cod. *de inoff. test.* — „si filius post obitum patris hoc, quod relictum vel donatum est, *simpliciter agnoverit* — non adjiciens, nullam sibi superesse de repletione quaestionem, nullum sibi filium facere praejudicium, sed legitimam partem repleri, nisi hoc specialiter sive in apocha, sive in transactione scripserit vel pactus fuerit, quod contentus relicta vel data parte, de eo, quod deest, nullam habeat quaestionem; tunc enim omni exclusa querela paternum amplecti compelletur judicium." — Vgl. Bd. VII. des Commentars §. 550. S. 144 fg. Nr. 2.

78) Franke Notherbenrecht S. 337.

erklärt werde [79]). Die ſuppletoriſche Klage dagegen iſt kein Impugnativmittel, ſie iſt vielmehr zu dem Ende eingeführt, um letztwillige Verfügungen gegen Anfechtungen möglichſt zu ſichern. Juſtinian hat daher durch ſeine oben erwähnte Vorſchrift (Note 77) eigentlich nur ausgeſprochen, was ſich ſchon von ſelbſt verſteht, zugleich aber aufs deutlichſte anerkannt, daß die Ergänzungsklage keineswegs den Charakter der querela inofficiosi testamenti habe, ſondern nach den für ein gewöhnliches Forderungsrecht geltenden Grundſätzen zu behandeln ſey.

§. 1421. g.

3) Von der querela inofficiosae donationis und dotis *).

Veräuſſerungen unter Lebenden wurden in früherer Zeit nur bei dem patronatiſchen Notherbenrechte berück-

79) Uebrigens iſt hier auf die früher bereits vorgetragene Bemerkung (Bd. XXXV. S. 454 fg. Note 41.) zu verweiſen, daß ſeit Einführung der Ergänzungsklage der Grundſatz: die Annahme eines Vermächtniſſes enthalte einen Verzicht auf die Querel, — von ſelbſt ſeine Bedeutung verloren habe, indem der Notherbe, dem ein Vermächtniß zugewandt iſt, ja überall nicht mehr die Querel, ſondern nur die ſuppletoriſche Klage anſtellen kann.

*) S. Bd. VII. des Commentars §. 550. S. 156—196. Den daſelbſt angeführten Schriften ſind noch beizufügen: Zimmern über inofficiosa donatio, in den von ihm und Neuſtetel herausgegebenen römiſch-rechtlichen Unterſuchungen Nr. III. (II. Inofficiosa donatio) S. 58—79. Paul Ludolf Kritz über die querela inofficiosae donationis, in ſeinen exegetiſch-praktiſchen Abhandlungen über ausgewählte Materien des Civilrechts. Leipzig 1824. Nr. 5. S. 101—145. *Car. Gothofr.* Hille diss. de immo-

ſichtigt. Da dies ganze Recht davon ausgieng, daß dem Patron ein Antheil an dem Vermögen des lebenden Freigelaſſenen zuſtehe [80]), ſo erſtreckte man auch das Pflichttheilsrecht deſſelben auf den geſammten Erwerb des Freigelaſſenen, — zwar nicht unbedingt (denn dies wäre gar nicht auszuführen geweſen), wohl aber in ſo weit, daß der Patron jede abſichtlich zum Nachtheil ſeines Pflichttheilsrechts vorgenommene Veräuſſerung reſcindiren konnte [81]). Zu dieſem Behufe waren die Faviana und

dicar. donationum querela. Marb. 1828. 8. Franke das Recht der Notherben §. 42—46. S. 498—544.

80) L. 1. D. *de bonis libertor.* (XXXVIII. 2.) S. oben Bd. XXXV. §. 1421. b. S. 266 fg.

81) L. 1. §. 3. D. si quid in fraudem creditor. (XXXVIII. 5.) „Omne autem, *quodcunque in fraudem creditorum gestum est*, revocabitur.“ — Bei oneroſen Veräuſſerungen geſchahe dies freilich mit möglichſter Schonung der Rechte des Erwerbers. S. z. B. L. 1. §. 12—14. *eod.* „Si quis in fraudem patronorum rem vendiderit, vel locaverit, vel permutaverit, quale sit arbitrium judicis? videamus. Et in re quidem distracta deferri conditio debet emtori, utrum malit rem emtam habere justo pretio, an vero a re discedere pretio recepto. — Sed si emerit in fraudem patroni libertus, aeque dicendum, si magno emit pretio, relevandum patronum, conditione non ipsi delata, an velit ab emtione discedere, sed venditori, utrum malit de pretio remittere, an potius rem, quam vendidit, recipere, persoluto pretio. Et in permutatione, et in locatione, et in conductione similiter idem observabitur. Sed si rem quidem bona fide vendiderit et sine ulla gratia libertus, pretium autem acceptum alii donaverit, videndum erit, quis Faviana inquietetur, utrum qui rem emit, an vero is, qui pretium dono accepit.“ Et Pomponius — recte scri-

Calvisiana actio eingeführt [82]), die indeſſen nur in subsidium ſtatt fanden, d. h., für den Fall, wenn dem Patron nicht ſo viel zugewandt war, oder er doch durch Anſtellung der contra tabulas bonorum possessio wider den eingeſetzten Erben nicht ſoviel erhalten konnte, als ſein Pflichttheil, nicht blos von dem Nachlaſſe, ſondern auch von dem dolo malo Veräußerten, betrug [83]). Die Ausdehnung dieſer Klagen (als utilis Faviana und Calvisiana actio) auf den impubes adrogatus, für den Fall, wenn der adrogirende Vater durch Veräußerung unter Lebenden ſein Vermögen in der Abſicht vermindert hatte, um dem Unmündigen die ihm gebührende ſ. g. Quarta D. Pii zu entziehen oder zu ſchmälern [84]), iſt außer Zweifel dadurch veranlaßt, daß auch dieſe Quarta nicht von dem eigentlichen Nachlaſſe, wie der Pflichttheil der Verwandten, ſondern von dem Vermögen, wie ſolches beim Tode des Erblaſſers beſchaffen war, berechnet wurde [85]). Andere Ausdehnungen kennt das römiſche Recht nicht; ſogar auf das patronatiſche Pflichttheilsrecht, welches dem emancipirenden Vater zu-

psit: emtorem non esse inquietandum; fraudem enim patrono in pretio factam esse; eum igitur, qui pretium dono accepit, Faviana conveniendum." — Vgl. Franke a. a. O. §. 40. S. 487 fg.

82) Dieſe Klagen ſind früher bereits erwähnt, (Bd. VII. des Commentars §. 550. S. 192. Bd. XXI. §. 1145. S. 270.). Zu einer genauern Erörterung derſelben iſt aber auch hier noch nicht der Ort. S. unten §. 1622.

83) L. 3. D. *si quid in fraud. creditor.* — Franke a. a. O. S. 489 — 492.

84) L. 13. D. *si quid in fraud. creditor.*

85) Franke a. a. O. §. 41. S. 493 fg.

ſtand, ſollen dieſe Klagen keine Anwendung finden, in welcher Beziehung Gajus den allgemeinen Grundſatz aufſtellt: es ſey unangemeſſen, freigeborne Menſchen in der Befugniß, das Ihrige zu veräußern, beſchränken zu wollen [86]). Indeſſen bildete ſich durch kaiſerliche Reſcripte das Recht der inofficiosa donatio und dos aus, wobei der Name [87]), die Stellung der Lehren [88]) und

86) L. 2. D. *si a parente quis manumissus* (XXXVII. 12.) *Gajus* Lib. XV. *ad edictum provinciale.* „Non usque adeo exaequandus est patrono parens, ut etiam Faviana aut Calvisiana actio ei detur, „*quia iniquum est*, *ingenuis hominibus non esse liberam rerum suarum alienationem.*"

87) Uebrigens kommt die Benennung: inofficiosa donatio, auſſer in einer Conſtitution Juſtinians (L. 35. §. 4. C. *de donat.* VIII. 54.) nur in den Ueberſchriften der Titel des Theodoſianiſchen und Juſtinianeiſchen Codex vor. Sonſt heißt ſie gewöhnlich immodica donatio, (auch immoderata, immensa donatio, immoderatae liberalitatis effusio, und ähnliche nicht techniſche Beſchreibungen des Begriffs nicht ſelten); ſ., auſſer den weiter unten anzuführenden Quellen, auch die Marginal-Rubrik hinter §. 271. der Vaticaniſchen Fragmente: *de immodicis donationibus.* Das Rechtsmittel ſelbſt wird entweder durch Umſchreibungen bezeichnet (auxilium, actio ad similitudinem, ad instar inofficiosi u. ſ. w.), oder auch immodicarum donationum querela genannt (L. 1. Th. Cod. *de inoff. donat.* L. 9. Just. Cod. *eod.*). — Hille dissert. cit. cap. I. p. 6. 7.

88) Im Theodoſiſchen wie im Juſtinianiſchen Codex finden ſich die Titel *de inofficioso testamento*, *de inofficiosis donationibus* und *de inofficiosis dotibus* neben einander geſtellt, dort Lib. II. Tit. 19—21., hier Lib. III. Tit. 28 — 30. — Vgl. auch L. 9. Th. C. *de infirmandis his, quae sub Tyrannis gesta sunt.* (XV. 14.)

ſehr beſtimmte Aeußerungen unſerer Rechtsquellen [89]) auf eine Analogie der Inofficioſitäts-Querel hinweiſen. Die erſte Spur dieſes Rechts finden wir ſchon in den Pandekten. Paulus referirt hier ein Reſcript des Kaiſers Alexander Sever, wonach die von einer Großmutter in der Abſicht, die Querel zu vereiteln, ihrem Enkel gemachte Schenkung, welche das Vermögen der Schenkgeberin erſchöpft hat, zur Hälfte reſcindirt werden ſoll [90]). Etwas Neues war dies ſicher. Auf die Faviana und Calvisiana actio konnte der Kaiſer ſeine Entſcheidung nicht ſtützen (Note 86). Hätte ſich aber auch in dem kurzen Zeitraume, ſeitdem Gajus den obigen Grundſatz ausſprach, eine andere Rechtsanſicht gebildet, oder hätte der Kaiſer für ſeine Entſcheidung überhaupt eine Auctorität beibringen können, ſo würde er bei einer ſo erheblichen Abweichung vom früheren Rechte ſicher nicht unterlaſſen haben, dies durch die üblichen Formeln (placuit,

89) L. 1. C. *de inoff. donat.* („juxta formam de inofficioso testamento constitutam subveniri vobis" —) L. 2. *eod.* („ad similitudinem inofficiosi testamenti querelae auxilium tibi aequitatis impertiet".) L. 4. *eod.* (— „auxilium ad instar inofficiosi testamenti".) L. 5. *eod.* (— „de enormitate donationum ad exemplum inofficiosi testamenti Praeses provinciae jurisdictionis suae partes exhibebit"). Aehnliche Aeuſſerungen finden ſich auch L. 8. und L. 9. *eod.*, ſo wie L. un. Cod. *de inoff. dotib.*

90) L. 87. §. 3. D. *de legat.* II. (*Paulus* Lib. XIV. responsor.) „*Imperator Alexander Augustus Claudio Juliano Praefecto urbi.* Si liquet tibi, Juliane carissime, aviam ob intervertendam inofficiosi querelam patrimonium suum donationibus in nepotem factis exinanisse, ratio deposcit, id, quod donatum est, pro dimidia parte revocari".

recte placuit, constitutum est, rescriptis continetur u. a. m.) anzudeuten [91]. So aber rechtfertigt er ſeine Verfügung durch ein bloßes „ratio deposcit", was hier wohl nur heißen kann: es iſt billig, und im Geiſte des Rechts, welches die Notherben gegen willkührliche Beeinträchtigung ihrer geſetzlichen Anſprüche in Schutz nimmt, wenn dafür geſorgt wird, daß abſichtlich ihnen auf keine Weiſe ihr Pflichttheil entzogen werden kann [92].

91) Brissonius de formulis et solennib. pop. Rom. Lib. III. cap. XXXII.

92) Das Gegentheil behauptet indeſſen Hille l. l. cap. II. p. 9 sqq. Nach ihm ſoll der Begriff und die Revocation pflichtwidriger Schenkungen ſchon vor Alexander Sever durch Gewohnheitsrecht eingeführt und nur durch kaiſerliche Conſtitutionen beſtätigt ſeyn. Seine Gründe ſind 1) daß der K. Diocletian äuſſert, es ſey „jam dudum" durch kaiſerliche Verfügungen dafür geſorgt, daß Niemand durch übermäßige Schenkungen im Pflichttheile verletzt werden könne (Vat. Fr. §. 280.). Allein auch hier wird ja deutlich anerkannt, daß dies Recht durch kaiſerliche Reſcripte eingeführt ſey, und der Ausdruck *jam dudum* konnte ſehr füglich von Reſcripten gebraucht werden, die vor mehr als einem halben Jahrhundert erlaſſen waren; 2) daß K. Conſtantius erklärt: die actio immodicarum donationum ſey „legibus" eingeführt (L. 1. Th. Cod. h. t.). Indeſſen iſt es bekannt, daß die ſpätern Kaiſer den Ausdruck *leges* auch auf Reſcripte beziehen; 3) daß Reſcripte, zumal in früherer Zeit, nicht neues Recht eingeführt, ſondern nur zweifelhaftes Recht entſchieden hätten. Dies kann am wenigſten in unbedingter Allgemeinheit zugegeben werden. Unzählige neue Rechtsſätze wurden durch Reſcripte begründet, nur geſchahe dies ſelten durch Machtſprüche, ſondern meiſtens auf die nämliche Art, wie auch die Juriſten und Prätoren bei ihren Neuerungen zu verfahren pflegten, d. h., als Interpretation des vorhandenen

Uebrigens iſt aus dieſem Reſcripte mit völliger Beſtimmtheit nicht zu erſehen, was dem beeinträchtigten Notherben eigentlich dadurch gewährt wurde, da es uns über die faktiſchen Verhältniſſe im Dunkeln läßt. Wir erfahren zwar, daß die Großmutter ihr Vermögen durch Schenkungen an einen Enkel erſchöpft habe (exinanisse), nicht aber, ob durch die Schenkungen das geſammte Vermögen abſorbirt ſey, und — worauf es hauptſächlich ankommt — ob nur einer oder ob mehrere Notherben hiedurch beeinträchtigt wurden, ferner ob der beſchenkte Enkel ſelber Notherbenrechte gehabt habe, oder ob er noch von einem näher Berechtigten ausgeſchloſſen wurde? In der That findet ſich hier ein reiches Feld für Vermuthungen; doch verdient allerdings nach dem bloßen Wortverſtande des Reſcripts, ſo wie es uns überliefert iſt, die Interpretation den Vorzug, daß der begünſtigte Enkel ebenfalls Notherbenrechte hatte und neben ihm nur noch ein Notherbe vorhanden war, welchem der Kaiſer nach Analogie der querela inofficiosi testamenti zu ſeiner vollen Inteſtaterbportion verhelfen wollte. Denn nur wenn man einen ſo einfachen Fall unterſtellt, erklärt es ſich einigermaßen, daß die betheiligten Perſonen, ſo wie die beſondern Umſtände dieſer Schenkung in dem

Rechts im weitern Sinne; oder man führte den neuen Rechtsſatz auf irgend eine Analogie zurück, wie dies ja auch hier der K. Alexander Sever thut. — M. vgl. *Ant.* Schultingii diss. pro rescriptis imperatorum Romanor. §. 4. (in comment. academ. Vol. II. p. 169 sequ.). Meine Lehre von der Ceſſion der Forderungsrechte S. 161 — 163. (ed. 2.) — Ueber dieſe allgemeine Bedeutung des Ausdrucks interpretatio ſ. aber meine doctrina Pand. Vol. I. §. 53. nr. 2. et 3.

Reſcripte nicht angegeben ſind. In Anſehung des bei dem Falle vorauszuſetzenden perſönlichen Verhältniſſes iſt man denn auch allgemein hiemit einverſtanden. Jedoch glauben ſehr Viele, daß der Kaiſer eine Reſciſſion der Schenkung nicht auf die volle Hälfte derſelben, ſondern nur ſo weit der Pflichttheil des beeinträchtigten Notherben dadurch verletzt ſey, zugelaſſen habe, und um dies Reſultat herauszubringen, verſtehen ſie das *pro dimidia parte revocari* von einer pars dimidia quartae partis bonorum aviae (von dem alten Pflichttheil); ſie denken alſo das hinzu, was ſpäter von den Kaiſern Diocletian und Maximian ſo ausgedrückt wurde: „Si mater tua patrimonium suum ita profunda liberalitate in fratrem tuum evisceratis opibus suis exhausit, ut *quartae partis dimidium*, quod ad excludendam inofficiosi testamenti querelam adversus te sufficeret, in his donationibus, quas tibi largita est, non habeas, quod immoderate gestum est, revocabitur 93).“ So die Gloſſe 94), Bartolus 95), Cujacius 96), Donellus 97), Vinnius 98) u. A. 99). Indeſſen iſt es doch eine gar zu willkührliche Art zu in-

93) L. 7. Cod. *de inoff. donat.*

94) Ad C. 87. §. 3. *de legat.* II.

95) Bartolus super secunda infortiati parte ad h. l. Ihm ſtimmt Baldus ad eundem loc. bei.

96) *Jac.* Cujacius ad *Pauli* Lib. XIV. responsor. (opp. post. ed. Par. T. III.) und in observat. Lib. V. c. 14. in f.

97) *H.* Donellus in comment. de jure civili Lib. XIX. c. XI. §. 13. (der Ausg. von Bucher).

98) *A.* Vinnius in select. jur. Quaest. Lib. II. c. 33. p. 596.

99) z. B. Voet ad Tit. Dig. *de donat.* §. 37.

terpretiren, gegen den klaren Wortverſtand anzunehmen, daß nicht die Hälfte, ſondern nur ein Achttheil der Schenkung (dies würde nämlich die dimidia quartae partis ſeyn) revozirt werden ſollte, und dies Reſultat lediglich darauf zu gründen, daß bei *dimidia parte* gerade das worauf hier Alles ankommt, ſubintelligirt werden müſſe [100]. Auch enthält der in dem folgenden Satze von Paulus vorgetragene Rechtsfall nicht das Geringſte, wodurch dieſe Auslegung unterſtützt würde, im Gegentheile läßt ſich daraus noch eher ein Argument für die Meinung entnehmen, daß nach dem Reſcripte Alexander Severs die Reſciſſion auf mehr als die Hälfte gehen ſollte. Derſelbe lautet alſo:„ Lucius Titius quum haberet quinque liberos, universos emancipavit, et in unum filium, Cajum Sejum, amplissimas facultates contulit, et modicum sibi residuum servavit, et universos liberos cum uxore scripsit heredes; in eodem testamento duas possessiones quas retinuerat, eidem Cajo Sejo praelegavit, et ab eo petiit, ut ex reditibus praediorum, quae vivus ei donaverat, Maeviae filiae tot aureos daret, item alteri fratri alios tot; qui conventus a Maevia sorore sua legem Falcidiam implorat. Quaero: quum Sanctissimus Imperator, ut supra scriptum est, contra voluntatem donantis ea, quae donata sunt, revocari praeceperit, an Cajus Sejus compellendus sit, secundum voluntatem patris ex donationibus fideicommissum praestare heredi sororis? Paulus respondit: post literas Imperatoris nostri dubitari non oportere, quin in hac quoque specie, de qua quaeritur, subveniendum sit liberis, quorum portio in unum filium donationibus collatis

100) Zimmern a. a. O. S. 61 fg.

imminuta est, praesertim quum Imperator noster contra voluntatem patris subvenerit; in proposita autem causa etiam voluntas patris pro his, qui ſideicommissum petunt, intercedit. Sed si Falcidia lex intercedit, ſideicommissa in solidum esse praestanda, propter immodicarum donationum rationem [1]. — Alſo: einem von fünf Kindern ſchenkt der Vater faſt ſein ganzes Vermögen, ſetzt darauf ſämmtliche Kinder nebſt ſeiner Gattin zu Erben ein, prälegirt auch von dem zurückbehaltenen Vermögen dem begünſtigten Sohne noch zwei Grundſtücke, trägt denſelben indeſſen fideicommiſſariſch die Auszahlung einer Geldſumme an ſeine Geſchwiſter aus den Aufkünften des geſchenkten Vermögens auf. Dieſer will das Fideicommiß nur gegen Abzug der nach der Lex Falcidia ihm gebührenden Quarte erfüllen. Er betrachtet nämlich das ihm beim Leben des Erblaſſers geſchenkte Vermögen als ſein wohlerworbenes Eigenthum, das übrige als den Nachlaß, von dieſem aber würde er den vierten Theil nicht frei haben, wollte er das Fideicommiß ohne Abzug auszahlen. Hiezu hält ihn nun Paulus für verbunden; denn da der Kaiſer die Reſciſſion einer Schenkung zum Vortheil eines zurückgeſetzten Notherben ſogar gegen den Willen des Schenkers vorſchreibe, ſo leide es noch weniger Bedenken, daß der durch unverhältnißmäßige Schenkungen begünſtigte Sohn ſich nicht auf die Lex Falcidia berufen könne, um ſeinen Geſchwiſtern auch das zu entziehen, was der Wille ihres Vaters ihnen zugewandt habe [2]. Von Reſciſſion einer

1) L. 87. §. 4. D. *de legat.* II.

2) Die Argumentation von Paulus iſt ſchwerfällig und theilweiſe dunkel. Manche Editoren haben daher durch ungewöhnliche Interpunction, auch wohl durch Emendation einzelner Aus-

Schenkung iſt hier alſo überall nicht die Rede, ſondern es wird lediglich a ratione fortiori et majori ad minorem geſchloſſen. Und eben ſo wenig findet ſich hier eine Gleichheit der Fälle in Anſehung deſſen, was den zurückgeſetzten Notherben gewährt wurde. In dem letzteren Falle verlangt die Schweſter nur, was ihr vom Vater ausgeſetzt iſt. Daß dieß genau ſo viel betrug,

drücke nachzuhelfen geſucht. So iſt bei Beck der Satz: „in proposita autem specie — — — — — intercedit“ in eine Parentheſe eingeſchloſſen, wodurch aber die Darſtellung ſicher nichts an Deutlichkeit gewinnt. Gebauer trennt dieſen Satz von dem voraufgehenden durch ein bloßes Comma, was auch allerdings zu billigen wäre, wenn man ſtatt intercedit leſen dürfte: *intercedat*, wie dies wegen des vorhergehenden: *quum — subvenerit* der grammatiſche Zuſammenhang erfordern würde. Doch iſt dieſe Emendation unnöthig, wenn man beide Sätze durch ein Semicolon trennt. Eben ſo wenig iſt es nöthig, mit Haloander das *Sed* des Schlußſatzes in sed *et* zu verwandeln, oder auch nur die Bedeutung von sed et dieſem Ausdrucke beizulegen; (welchen er freilich bisweilen hat. S. Brissonius de verb. signif. v. *sed* §. 2.). Paulus argumentirt nämlich auf folgende Weiſe: „Nachdem der Kaiſer ſo reſcribirt hat, unterliegt es keinem Zweifel, daß den zurückgeſetzten Kindern geholfen werden könne, zumal das Reſcript dieſelben gegen den Willen des Vaters in Schutz nimmt; im vorliegenden Falle ſteht ihnen aber auch der väterliche Wille zur Seite. Woferne indeſſen die lex Falcidia ihren Anſprüchen in den Weg tritt (mithin das bloße Berufen auf den väterlichen Willen ihnen nichts helfen würde), könnten ſie doch die vollſtändige Auszahlung der Fideicommiſſe immer aus dem Grunde verlangen, daß bei Beſtimmung ihres Rechts nicht blos der gegenwärtige Nachlaß, ſondern auch die ihrem Bruder gemachte unverhältnißmäßige Schenkung in Betracht zu ziehen ſey.

als der ihr von dem geſammten Vermögen mit Einrechnung der dem Bruder gemachten Schenkung, gebührende Pflichttheil, iſt blos möglich. Geſetzt aber auch, es ließe ſich dies erweiſen, ſo würde davon doch durchaus kein Schluß auf den von Alexander Sever entſchiedenen Fall gemacht werden können. Denn, wenn ein Erblaſſer ſeinen Notherben ſo viel zuwendet, als ihr Pflichttheil beträgt, ſo können ſie ein Mehreres nicht fordern; in dem Falle aber, den das Reſcript entſcheidet, war der durch die Schenkung verkürzte Notherbe nicht, wie in jenem, durch das Teſtament entſchädigt. Die Aehnlichkeit beider Fälle beſteht alſo lediglich darin, daß die Schenkung an ſich betrachtet für die übrigen Notherben eine Verletzung im Pflichttheilsrecht begründete [3]); dagegen ſind beide gerade in einem weſentlichen Punkte verſchieden, da von liebloſer Geſinnung des Erblaſſers (worauf ja die querela inofficiosae donationis, wie die querela inofficiosi testamenti beruht) gar nicht die Rede ſeyn kann, wenn, wie in dem zweiten Fall geſchehen iſt, derſelbe ſeine Notherben, wegen der dem Einen gemachten unverhältnißmäßigen Zuwendungen zu entſchädigen ſucht [4]). Aber indem Paulus ſich auch auf das kaiſerliche Reſcript ſtützt, um dem Beklagten die mögliche Berufung auf die Lex Falcidia abzuſchneiden, referirt er

3) „subveniendum — liberis, *quorum portio in unum filium donationibus collatis imminuta est.*“

4) Eine eigentliche Analogie zwiſchen beiden Fällen war mithin überall nicht vorhanden, und die ganze Argumentation von Paulus iſt nichts weniger, wie folgerecht. *Chr.* Thomasii diss. de legitima viventis (in Dissert. acad. T. II. diss. XLVII.) cap. III. §. 2 — 4. — Vgl. auch Kritz a. a. O. S. 115 — 122. Hille l. l. p. 9 squ.

den weſentlichen Inhalt deſſelben ganz allgemein dahin, übermäßige Schenkungen ſollten wieder reſcindirt werden. Das: „ea *quae donata sunt* revocari“ darf natürlich nicht auf die ganze Schenkung bezogen werden, ſondern immer nur auf den Theil des betheiligten Notherben. Aber für den wie vielten Theil derſelbe Reſciſſion der Schenkung verlangen darf, — ob nach Verhältniß ſeiner Inteſtaterbportion, oder nur ſeines Pflichttheils? — dies läßt ſich eben aus jenen Worten mit Beſtimmtheit nicht erſehen; am allerwenigſten liegt indeſſen wohl ein Grund vor, den allgemein ausgedruckten Satz: die gemachte Schenkung ſoll reſcindirt werden, — auf den möglichſt geringſten Theil, alſo auf die bloße Legitima, einzuſchränken.

Die Berufung auf das Reſcript beweiſt nun freilich keinesweges, daß man ſchon zu der Zeit, in welcher Paulus lebte, die Auflöſung pflichtwidriger Schenkungen für unbedenklich hielt; denn noch damals nahm man keinen Anſtand, die Autorität eines Reſcripts nicht anzuerkennen, wenn daſſelbe der Rechtsanalogie und der Volksſitte nicht entſprach [5]. Doch die Art, wie Paulus ſich hierauf beruft, beweiſet zur Genüge, daß man das Reſcript für vollkommen gerecht und billig hielt und gewiß kein Bedenken trug, ſich in ähnlichen Fällen darauf, als auf eine wohl begründete Auctorität zu beziehen. Daher darf nicht angenommen werden, daß der ſpäter lebende Modeſtinus, welcher einmal die von einem Erblaſſer, deſſen Teſtament mit der querela inofficiosi angefochten war,

5) L. 1. §. 14. D. *ad Leg. Falcid.* (XXXV. 2. *Paulus*). — Vgl. auch L. J. Guyet Abhandlungen aus dem Gebiete des Civilrechts. (Heidelb. 1829.) S. 55 fgg.

gemachten Schenkungen für unumſtößlich erklärt [6]), damit habe ſagen wollen: der Widerruf einer zum Nachtheil der Notherben gemachten Schenkung finde überall nicht ſtatt. Ueberhaupt gehört dies Reſponſum Modeſtins unſerem Gegenſtande gar nicht an, man mag nun die Florentiniſche Lesart vorziehen, oder davon abweichen. Nach der erſteren lautet es ſo: „Etiam si querela inofficiosi testamenti obtinuerit, non ideo tamen donationes, quas vivus ei perfecisse proponitur, infirmari, neque in dotem datorum partem vindicari posse, respondi". Alſo: Wer auch mit der Querela inoff. testamenti geſiegt hat, darf darum doch noch nicht die von dem Erblaſſer bei ſeinem Leben gemachten Schenkungen, oder den von demſelben in dotem gegebenen Theil ſeines Vermögens revociren. Das unbeſtimmte „ei" muß hiernach auf den Beklagten bezogen werden. Der Zweifelsgrund konnte kein anderer ſeyn, als daß ein Teſtirer, deſſen Teſtament durch die Querel reſcindirt wird, gleichſam als ein Wahnſinniger erſcheint; ein Wahnſinniger kann aber ſo wenig giltig ſchenken, oder eine Dos errichten, als teſtiren. Modeſtin läßt indeſſen dieſe Folgerung nicht gelten, weil ja die Querel nur wider das Teſtament gerichtet iſt, mit derſelben alſo auch nur gefordert werden kann, was zum Nachlaß gehört [7]). Anders wird jedoch die Stelle von den Gloſſatoren interpretirt. Sie verſtehen ſie von einem unterliegenden Kläger, welcher darum, weil er mit der Querel abgewieſen wird, die ihm vom Erblaſſer bei ſeinem Leben gemachten

6) L. 11. D. *de inoff. test.* (*Modestinus* Lib. III. responsorum).

7) *A.* Faber in rationalib. ad Pand h. l. Pothier Pand. Justin. T. I. p. 195. Nr. XXXVIII. not h.

Zuwendungen nicht verlieren ſoll [8]). Offenbar iſt dieſe Erklärung durch die früher ſehr verbreitete Lesart *non* obtinuerit veranlaßt, welche namentlich von Haloander in Schutz genommen wird, und der es auch nicht an handſchriftlicher Auctorität fehlt [9]). Unter vorausgeſetzter Richtigkeit dieſer Lesart würde das Reſponſum Modeſtins ſich an die bekannte Beſtimmung anſchließen, daß der unterliegende Querulant die durch den angefochtenen letzten Willen erhaltenen Zuwendungen verliere [10]); d. h., die Frage wäre geweſen: ob nicht das Nämliche auch von liberalen Zuwendungen unter Lebenden gelte? dies aber von Modeſtinus verneint worden. Da indeſſen ſchon von Paulus als ausgemachte Wahrheit vorgetragen wird, daß nicht einmal die mortis causa donationes für den abgewieſenen Querulanten verloren gehen [11]), ſo konnte jenes wohl überall kein Gegenſtand eines Zweifels und einer Anfrage ſeyn. Ueberdies wird die Florentiniſche Lesart durch die Auctorität der Baſiliken unterſtützt [12]) und von den geachtetſten Kritikern

8) Die Gloſſe bemerkt bei dem Worte „*obtinuerit*“ i. e. succubuerit. Et sic negativa in affirmativam resolvitur. Dies wäre reiner Unſinn, wenn man nicht annehmen müßte, daß die Gloſſatoren ſtillſchweigend die Lesart *non* obtinuerit gebilligt, welche Cujacius ad h. l. (recit. solennes ad Modestini responsa ed. Par. opp. post. T. III. p. 151 sqq.) für die lectio vulgata erklärt. — Die Erklärung der Gloſſe haben auch Bartolus und Baldus ad h. l.

9) *Non* obtinuerit lieſt z. B. auch eine auf der Bibliothek des Domkapitels zu Merſeburg befindliche Handſchrift des Digestum vetus aus dem 13ten Jahrh.

10) L. 8. §. 14. D. *de inoff. test.*

11) L. 5. §. 17. D. *de his quae ut indignis* (XXXIV. 9.).

12) Lib. XXXIX. Tit. I. Fr. 11. (T. v. p. 200.); auch

vertheidigt [13]. Wie man ſich hierüber aber auch entſcheide, ſo wenig in dem einen als in dem andern Falle ſpricht Modeſtin den Notherben das Recht ab, Schenkungen, die zum Nachtheil ihres Pflichttheilsrechts gereichen, reſcindiren zu dürfen, und würde dies auch, nachdem bereits mehrere gewichtige Auctoritäten dafür angeführt werden konnten, ſicher nicht gethan haben.

Im weſentlichen war alſo das Recht der Anfechtung pflichtwidriger Schenkungen ſchon zur Zeit der ſpäteren juriſtiſchen Klaſſiker bekannt. Gewöhnlich nimmt man an, es ſey zuerſt dabei vorausgeſetzt worden, daß der Erblaſſer mit Hinterlaſſung eines Teſtaments verſtorben ſey, bis die Kaiſer Valerianus und Gallienus durch die L. 3. C. *de inoff. donat.* dies Recht auch auf den Fall der Inteſtaterbfolge ausgedehnt hätten [14]. Doch iſt nicht abzuſehen, warum man eher die Reſciſſion geſtattet haben ſollte, wenn der Erblaſſer ein Teſtament hinterlaſſen hatte, als im entgegengeſetzten Falle. Zufällig mochte jenes freilich in den zuerſt vorgekommenen Fällen geſchehen ſeyn, und dann würde man, wenn ſich

das dazu gehörige Scholium (Ebendaſelbſt p. 246 fg. Schol. g.).

13) Z. B. von *Ant.* Augustinus emendation. Lib. IV. cap. 17. (in Ottonis thes. T. IV. p. 1554 squ.); Cujacius ad Lib. III. responsor. Modestini (opp. post. ed. Par. T. III. p. 151 squ.); Russardus in der Marginalnote ſeiner Ausg. des Corp. jur. ad h. l. *Ant.* Schulting in den von Smallenberg herausgegebenen notae ad Dig. T. II. p. 71. *Siegm. Reich.* Jauchius de negation. Pandectis Florentinis recte vel male adjectis etc. p. 67. — Von den neueſten Editoren folgt Beck dem Haloander; die Gebrüder Kriegel dagegen haben die Florentiniſche Lesart.

14) Bd. VII. des Commentars S. 158.

die Entſcheidung beſtimmt an die vorgetragenen Thatſachen angeſchloſſen hätte, vielleicht eine ausdrückliche Ausdehnung auf Inteſtaterbfolge für nöthig erachtet haben. Indeſſen gerade in dem von Alexander Sever entſchiedenen Falle läßt ſich als wahrſcheinlich annehmen, daß die Erblaſſerin ohne Teſtament verſtorben war. Wenigſtens geſchieht eines Teſtaments nirgends Erwähnung, und die angegebene Abſicht, die Querel zu vereiteln, konnte gewiß auch beſſer erreicht werden, wenn die Erblaſſerin überall nicht teſtirte, weil die Anſtellung einer querela inofficiosi testamenti dadurch geradezu unmöglich wurde [15]. Wenn alſo die Kaiſer Valerianus und Gallienus reſcribirten, daß zwar der Impetrant ſich nur auf Vorentſcheidungen bezogen habe, welche übermäßige und pflichtwidrige Schenkungen ſolcher Eltern beträfen, die ihren um den Pflichttheil betrogenen Kindern im Teſtamente nur den leeren Namen der Erben hinterlaſſen hätten, eine gleiche Billigkeit aber auch für die Fälle gelte, wo der Erblaſſer ohne alles Teſtament geſtorben ſey, ſo folgt daraus ja keineswegs, daß Fälle der letztern Art noch überall nicht vorgekommen ſeyen, ſondern nur, daß die Kaiſer in ihrem Reſcripte eine beſondere Rückſicht auf den Vortrag des Impetranten nahmen [16]. Indeſſen kommt dies für die richtige Würdigung der Fragen und Zweifel, welche ſich auf die Bedingungen und die Wirkung dieſes Rechts beziehen, durchaus in keinen Betracht. Wir laſſen jetzt die Erörterung dieſer Fragen folgen, ſo weit es der Zweck, nur Nach-

15) Vgl. *Jac.* Gothofredi comment. ad L. un. Th. Cod. *de inoff. donat.* in f.

16) Hille dissert. cit. p. 13 squ.

träge und Berichtigungen zu geben, Wiederholungen aber möglichſt zu vermeiden, erfordert.

I) Nicht nur den zur Querel berechtigten Perſonen ſteht dies Reſciſſionsrecht zu [17]), ſondern auch der Wittwe, welcher durch liebloſe Schenkungen ihr geſetzlich gebührendes Erbtheil entzogen oder geſchmälert iſt, räumt die Praxis es ein [18]). An ſtreng juriſtiſchen Gründen für dieſe Ausdehnung fehlt es freilich, da das Geſetz der Ehegattin nur Rechte an dem eigentlichen Nachlaſſe giebt [19]), das hier zur Frage ſtehende Reſciſſionsrecht auch ein wahres jus singulare [20]), und nach ſehr beſtimmten Andeutungen unſerer Rechtsquellen als Ergänzung und Anhang der querela inofficiosi anzuſehen iſt, mithin nur denen züſtehen kann, welche ein Recht zur

17) Bd. VII. des Comment. S. 173. Not. 44. Franke Notherbenrecht S. 503. — S. auch Note 20.

18) *Andr.* Gail observation. Lib. II. obs. 26. Nr. 17. Voet ad Pand. tit. ad Sct. Tertull. §. 24. Glück Inteſtaterbfolge §. 126. S. 472 fg. (der 2ten Aufl.) Franke a. a. O. S. 503.

19) Nov. 53. c. 6.

20) Gegen die Zulaſſung der Geſchwiſter, die ebenfalls nirgends ausdrücklich erwähnt ſind, kann man ſich auch auf die Singularität dieſes Rechts nicht berufen, da daſſelbe großentheils auf Reſcripten beruht, Reſcripte aber im Zweifel nicht auf den entſchiedenen Fall zu beſchränken, ſondern nach ihrer ratio decidendi auszulegen ſind; (Thibaut Theorie der log. Auslegung §. 11. und §. 38. Nr. 1.). Dieſe aber iſt offenbar keine andere, als zu verhüten, daß nicht durch übermäßige und liebloſe Schenkungen den pflichttheisberechtigten Notherben das Recht vereitelt werde, welches ihnen die querela inofficiosi testamenti gewähren kann. (S. oben Note 88 und 89, und den dazu gehörigen Text).

Querel haben. Indeſſen hat dieſe Ausdehnung die allgemeine Billigkeit und die Rechtsanalogie allerdings für ſich und läßt ſich aus dieſem Geſichtspunkte völlig eben ſo gut rechtfertigen, als die Ausdehnung der Faviana und Calvisiana actio auf die ſ. g. Quarta D. Pii *).

Beſonders ſtreitig aber iſt die Frage: ob der Schenker ſelbſt die zum Nachtheil ſeiner Notherben gereichende Schenkung widerrufen dürfe? Früher iſt in dieſem Commentar die verneinende Meinung vertheidigt [21]), wozu

*) L. ult. D. *si quid in fraud. patroni* (XXXVIII. 3.).

21) Bd. VII. §. 550. S. 167 — 170. (Nr. 3.), woſelbſt auch die vorzüglichſten Schriften beider Parteien angeführt ſind. Nur die Anſichten der Gloſſatoren und der zunächſt auf dieſe folgenden Schriftſteller ſind nicht erwähnt. In der Accurſiſchen Gloſſe (ad c. 5. C. h. t.) nun finden ſich alle von ſpäteren Schriftſtellern näher entwickelten Meinungen bereits angedeutet (— daß der Schenker ſeine eigne Handlung anfechten dürfe, — daß die Schenkung ipso jure um ſo viel vermindert werde, als der Pflichttheil der verkürzten Notherben beträgt, — daß die Anfechtung erſt nach dem Tode des Vaters erfolgen dürfe; — daß der Widerruf auf das Ganze zu richten ſey u. ſ. w.). Von den auf das Zeitalter der Gloſſatoren folgenden Schriftſtellern mögen hier nur Bartolus und Baldus genannt ſeyn. Beide ſchließen ihre Erklärungen mehr an die Eigenthümlichkeiten des in dem Reſcripte vorgetragenen Falles an, indem ſie die Frage ſtellen: ob und in wie weit die von einem Aſcendenten ſeinen Deſcendenten gemachten übermäßigen Schenkungen propter supervenientiam liberorum von dem Schenker reſcindirt werden können? Jener nimmt an, daß der Schenker ſelbſt, und zwar das Ganze revociren dürfe, jedoch erfolge der Widerruf nicht vermittelſt der querela inofficiosae donationis, welche allemal erſt nach dem Tode des Schenkers angeſtellt werden könne, ſondern ipso jure — wie er ſich

ſich auch die meiſten neueren Juriſten bekennen [22]. Doch fehlt es auch der entgegenſtehenden Anſicht nicht an Anhängern; ſie wird namentlich [23]) von Zimmern [24]), Hille [25]) und Franke [26]) vertheidigt, jedoch freilich nicht unbedingt, ſondern nur für den Fall, wenn dem Schenker hinterher noch Kinder geboren werden. Die bei dieſer Streitfrage zunächſt in Betracht kommende Stelle iſt die L. 5. C. *de inoff. donat.* Sie lautet ſo:

„*Impp. Diocletianus et Maximianus Cottabaeo.* Si totas facultates tuas per donationes vacuas fecisti, quas in emancipatos filios contulisti, id, quod ad summovendam inofficiosi testamenti querelam non ingratis liberis relinqui necesse est, ex factis donationibus detractum, ut filii vel nepotes postea ex quocunque legitimo ma-

ausdrückt. Bei Baldus dagegen findet ſich ungefähr die jetzt gangbare Anſicht: nicht der Schenker revocirt, ſondern der im Pflichttheile verletzte Notherbe ſelbſt, und zwar nur für den Betrag der Legitima.

22) Thibaut Syſt. d. Pandectenrechts §. 904. Nr. a. Schweppe das röm. Privatr. in ſeiner Anwendung auf teutſche Gerichte §. 974. Mackeldey Lehrb. des heut. röm. Rechts §. 427. v. Wening-Ingenheim Lehrb. des gemein. Civilrechts Buch V. §. 154. Ad. Karl Heinr. v. Hartitzſch das Erbrecht nach röm. und heut. Rechten §. 136. Nr. 1. Warnkoenig commentar. juris Rom. priv. T. III. §. 1113.

23) Auch in meiner doctrina Pandectarum T. III. §. 774. Nr. I. in f. wird dieſe Anſicht vorgetragen, doch mit der im Texte erwähnten Modification.

24) a. a. O. S. 71 — 73.

25) Diss. cit. Cap. V. p. 35 — 41.

26) Notherbenrecht §. 44. S. 517 — 519.

trimonio nati debitum bonorum subsidium consequantur, ad patrimonium tuum revertetur."

Ausgemacht iſt, daß der Schenker ſelbſt anfrägt, und die Kaiſer ihm reſcribiren: es ſolle ein gewiſſer Theil, von der Schenkung abgezogen, in des Schenkers Vermögen wieder zurückkommen. Daß die Kaiſer hiemit gemeint haben könnten, die Kinder ſollten dereinſt einen Theil des Geſchenkten, als zum Nachlaß des Vaters gehörig zurückfordern dürfen, läßt ſich aus grammatiſchen Gründen gewiß nicht vertheidigen. Denn ſicher kam es den Kaiſern nicht in den Sinn, einen Nachlaß als das patrimonium des Erblaſſers zu bezeichnen, der Gebrauch des Futurums (revertetur) aber, worauf die Gegner ſich hauptſächlich ſtützen, rechtfertigt ſich von ſelbſt dadurch, daß doch erſt die Klage angeſtellt werden muß, ehe das geſchenkte Gut wieder an den Schenker zurückkommen kann; wie denn aus ähnlichen Gründen der Gebrauch des futuri in den Reſcripten ſehr gewöhnlich iſt[27]. Dagegen erinnert man nun hauptſächlich, es ſey höchſt ungereimt, dem Schenker ſelbſt die querela inofficiosae donationis, alſo eine Beſchwerde über ſeine eigne Liebloſigkeit einzuräumen, und auch im Namen ſeiner verletzten Kinder könne er nicht auftreten, da den Kindern bei Lebzeiten des Vaters noch kein Pflichttheil gebühre. Dies alles iſt ſehr wahr, aber die Stelle ſagt ja auch nicht entfernt, daß dem Anfragenden die Liebloſigkeits-Klage, — eine actio ad exemplum querelae inofficiosi geſtattet ſeyn ſolle; ſie enthielt vielmehr eine Entſcheidung, die

27) M. ſ. z. B. gleich die drei folgenden Stellen (L. 6 — 8. *de inoff. donat.*). Andere Beiſpiele wird man beim bloßen Durchblättern des Codex Constitutionum faſt auf jeder Seite finden.

eben ſo vernunftgemäß als billig iſt, indeſſen nicht auf einer Anwendung der Grundſätze vom Notherbenrechte beruht. — Ein Vater verſchenkt ſein geſammtes Vermögen an ſeine aus der Gewalt entlaſſenen Kinder. Andere Kinder hatte er zur Zeit der Schenkung nicht, wohl aber werden ihm ſpäter noch Kinder geboren, oder er hat, etwa weil er ſich wieder verheirathet, Ausſicht auf eine neue Deſcendenz. Ein rechtlicher Anſpruch auf das verſchenkte Vermögen iſt für die Nachgebornen nicht vorhanden; denn auf das Recht liebloſe Schenkungen zu reſcindiren, können ſie ſich nicht berufen, da ja unmöglich geſagt werden kann, der Vater habe durch die Schenkung ſeine Kinder verletzt, welche zu der Zeit, wo dieſelbe erfolgte, noch gar nicht exiſtirten. Indeſſen erfolgt auf ſein desfalſiges Anhalten ein kaiſerlicher Billigkeits-Ausſpruch, daß er ſo viel, als zur Ausſchließung der Querel erforderlich ſey, (alſo den Pflichttheils-Betrag) für jedes ſpäter geborne Kind zurückfordern könne.

Mit dieſer Erklärung ſtimmen die Baſiliken faſt buchſtäblich überein [28]), und es iſt wohl nur eine unrichtige

28) Lib. XLI. Tit. IV. Fr. 5. (T. V. p. 479.). Nach der Fabrotſchen Ueberſetzung lautet die Interpretation wie folgt: „Quidam duos habens filios emancipatos, totas facultates suas donationibus in eos collatis vacue fecerat. Postea filius ei natus est, vel nepos ex filio, qui jam decesserat. (Es wird hierbei vielleicht vorausgeſetzt, daß der Sohn zur Zeit der gemachten Schenkung nicht mehr lebte, allein eine ſchwangere Gattin hinterließ). Pater donationes omnes revocari desiderabat, quod filii vel nepotes postea nati bonis ejus defraudarentur. Constitutio igitur, *quia valere donationes animadvertit*, *nec in fraudem filii factas*, (*nec enim tunc in rebus humanis erat*), jubet, ratas quidem esse donationes, partem autem ex

Vorausſetzung, daß das Reſcript von einer Revocation der Schenkung durch die ſ. g. querela inofficiosae donationis rede, als der Grund anzuſehen, warum dieſelbe, nicht allgemein angenommen iſt. Indeſſen wird dagegen auch noch bemerkt, daß die Conſtitution, wäre ſie von einer Schenkung zu verſtehen, welche der Schenker ſelbſt zu widerrufen befugt ſey, dem Titel de revocandis donationibus, nicht aber dem de inofficiosis donationibus würde einverleibt worden ſeyn [29]. Nun hat es allerdings ſeine Richtigkeit, daß eine Stelle im Zweifel ſo auszulegen iſt, wie Geiſt und Inhalt des Titels, worunter dieſelbe ſteht, es erfordern [30]. Allein bekannt iſt auch, daß nicht ſelten die Compilatoren durch einen Ausdruck, oder einen ähnlichen Gedanken ſich verleiten ließen, ein Excerpt dahin zu ſtellen, wohin es ſeinem hauptſächlichen Inhalte nach nicht gehört [31]. Jene Regel kann

ipsis detrahi, quae filio relinqui debuit, et trientem ab intestato successionis efficere". — Daß auch Juſtinians Zeitgenoſſen dieſe Conſtitution eben ſo verſtanden, ſetzen die Scholien zu dieſer Stelle auſſer Zweifel (ebendaſ. p. 487 squ. Schol. g). Auch macht Thaleläus die Bemerkung: es ſey dieſe Verordnung ein kaiſerlicher Machtſpruch und gegen die Rechtsregeln (alſo jus singulare): Ἡ διάταξις αὐθεντία ἐστὶν, ἡ παρὰ τοὺς κανόνας. — Auf die Baſiliken und deren Scholien gründet auch Hille (ſ. Note 25.) ſeine übereinſtimmende Erklärung, unabhängig davon aber, wie es ſcheint, kommen Zimmern und Franke (ſ. Note 24. u. 26.) auf daſſelbe weſentliche Reſultat.

29) Glück Bd. VII. des Commentars S. 169.

30) Thibaut Theorie der log. Auslegung §. 36. S. 151. (der 2ten Aufl.)

31) S. über dieſe, von den Neueren ſogenannten leges fugitivae s. erraticae, Cujacii observation. Lib. III. cap. 37.

alſo da nicht zur Anwendung kommen, wo der wahre Sinn einer Stelle ſich aus andern Gründen erkennen läßt. Hier kommt auch noch hinzu, daß das zur Frage ſtehende Reſcript, da es die Aufrufung der Schenkung nicht unbedingt, ſondern nur für den Pflichttheilsbetrag der nachgebornen Kinder geſtattet, in der That auch mit dem übrigen Inhalt des Titels ſinnverwandt iſt und daher wohl ſehr abſichtlich hieher geſtellt wurde. Es iſt aber auch ganz unnöthig, wenn man unſer Reſcript von einem Revocationsrecht des Schenkgebers verſteht, es mit einer bekannten Verordnung des Kaiſers Conſtantius, wonach ein Patron die ſeinen Freigelaſſenen gemachten Geſchenke ganz wieder anfechten kann, wenn ihm in der Folge Kinder geboren werden [32], in Verbindung zu

und Eckhardi Herm. jur. Lib. I. §. 169 — 175., nebſt den dazu gehörigen Noten von Walch.

32) L. 8. C. de revocand. donat. VIII. 56. (Th. Cod. L. 2. *de revocand. donat.* VIII. 13.). „Si unquam libertis patronus filios non habens bona omnia vel partem aliquam facultatum fuerit donatione largitus, et postea susceperit liberos, totum, quicquid largitus fuerit, revertatur, in ejusdem donatoris arbitrio ac ditione mansurum“. (S. Bd. VII. des Commentars S. 170. Note 38.). — In der L. 1. Cod. *eod.* (ein Reſcript vom K. Philippus aus dem Jahre 249) wird dem Patron das Recht der Revocation auch ohne jene Bedingung zugeſtanden, jedoch nur „si ingratus sit (libertus)“. Vollſtändiger findet ſich dies Reſcript in den Vaticaniſchen Fragmenten §. 272., doch fehlen die Worte *si ingratus sit*, und es leidet durchaus keinen Zweifel, daß ſie von Juſtinians Compilatoren herrühren, wie denn überhaupt dieſe Conſtitution ſtark interpolirt iſt. Daher nehmen denn jetzt die meiſten Juriſten an, daß ſonſt der Patron unbedingt und ohne eine Urſache anzuführen und zu erweiſen, ſeinem Freigelaſſenen gemachte

bringen, oder ſich zur Erläuterung darauf zu beziehen [33]).

Geſchenke habe aufrufen dürfen; es ſey nach der Eigenthümlichkeit des Verhältniſſes zwiſchen dem Patron und dem Freigelaſſenen allemal präſumirt worden, daß der Widerruf nicht ohne Urſache geſchehen ſey, ſondern der Freigelaſſene durch Mangel an Folgſamkeit und Ehrerbietung dazu Veranlaſſung gegeben habe. (Haſſe von dem Recht der Lex Cincia, in dem von ihm u. A. herausgegebenen Rheiniſchen Muſeum für Jurisprudenz u. ſ. w. Bd. I. S. 227. Schrader in der kritiſchen Zeitſchrift für Rechtswiſſenſchaft 1. Bd. Tüb. 1826. 1. Heft. S. 186). Alex. Aug. v. Buchholtz in ſeiner Ausgabe der Vaticana fragmenta ad h. l.) Franke Notherbenrecht S. 519. Note 5.). Noch weiter geht *Car. Fr. Chr.* Wenck (in praefat. Hauboldi opusculis Vol. I. prooem. p. XLIV.), welcher hierin nicht einmal ein ſinguläres Recht der Patrone findet, ſondern annimmt, daß dies Reſcript nur eine Anwendung des durch den Prätor erweiterten Rechts der Lex Cincia enthalte, vermöge deſſen jede große Schenkung habe widerrufen werden dürfen. Doch iſt dieſe, durchaus ſinguläre, Meinung leicht zu widerlegen (ſ. Schrader a. a. O.), und eben ſo wenig hat die Vermuthung von *Car. Aug.* Gottschalk (Selecta disceptation. forens. capita, ed. 2. T. II. cap. 32. p. 387 squ.), daß die Conſtitution des K. Philippus nur auf libertos dediditios zu beziehen ſey, irgend haltbare Gründe für ſich. Indeſſen mit der gewöhnlichen Erklärung iſt es ſchwer zu vereinigen, daß über hundert Jahre ſpäter durch L. 8. C. de revoc. donat. dem Patron der Widerruf einer Schenkung wegen nachgeborner Kinder noch erſt geſtattet wurde. Dieſer Einwurf wird auch nicht widerlegt durch Haſſe's Bemerkung, „daß der Patron pönitiren konnte wegen nachgeborner Kinder, ſey nur ein Reſt geweſen von jenem allgemeinen Recht der Patrone, zu pönitiren". Denn als bloße einſchränkende Beſtimmung eines früher beſtandenen allgemeineren Rechts erſcheint das Geſetz des Conſtantius wahrlich nicht, und dann, wie leicht iſt es nicht, wenn der-

Eine Aehnlichkeit der Fälle iſt allerdings vorhanden, in=

gleichen Vorausſetzungen erlaubt ſind, alle mögliche Inter=pretations=Schwierigkeiten zu beſeitigen! Auch paßt hierzu eine andere Stelle der Vaticaniſchen Fragmente (§. 275.) nicht, worin die Kaiſer Diocletian und Maximian reſcribiren, daß ein Patron (— denn nur von einem ſolchen iſt das Reſcript zu verſtehen (Haſſe a. a. O. S. 228., *de* Buchholtz l. l. in not. ad l. l.) — die Schenkung aufrufen dürfe, „si parum gratus existat, cui dono res data est". Wenn Haſſe die Worte „parum gratus" ſo verſteht, daß der Beſchenkte nur nicht recht dankbar geweſen ſey (a. a. O. S. 229.), ſo verliert dadurch der kaiſerliche Ausſpruch offenbar alle juriſtiſche Beſtimmtheit, und nicht glücklicher ſcheint mir von Buchholtz in Beſeitigung dieſer Schwierigkeit zu ſeyn, wenn er vorſchlägt, bei jenen Worten *praesertim* zu ſubintelligiren. Freilich käme ein ganz anderer Sinn zum Vorſchein, wenn die Kaiſer wirklich geſchrieben hätten: et *praesertim* si parum gratus existat; allein um ſo weniger ſind wir zu einer ſolchen Subintellection berechtigt. — Erwägt man alle dieſe Gründe, welche der jetzt gangbaren Anſicht im Wege ſtehen, ſo dürfte wohl die folgende Erklärung nicht zu verwerfen ſeyn. Der Kaiſer Philippus drückt ſich zwar zuerſt ſo aus, als ob lediglich der Wille des Patrons für die Zuläſſigkeit des Widerrufs in Betracht komme. Er ſtützt aber hiernächſt ſeine Entſcheidung noch auf den beſondern Grund: „Nam qui obsequiis suis liberalitatem patronorum provocaverunt, sunt digni, qui eam non retineant, *cum coeperint obsequia negligere, cum magis ecs collata liberalitas ad obsequium inclinare debeat, quam ad insolentiam erigere*". Offenbar war alſo in der Supplik auf das undankbare Benehmen des Freigelaſſenen Bezug genommen, und nur unter dieſer Vorausſetzung macht der Kaiſer den Fortbeſtand der Schenkung von dem Willen des Patrons abhängig; Juſtinians Compilatoren ſprechen daher durch den Zuſatz: „si ingratus sit" den wahren Sinn des Reſcripts

dem hier, wie in unſerem Falle, die Aufrufung der Schenkung von dem Donator ſelbſt und zwar ſeiner nachgebornen Kinder wegen geſchehen kann. Allein beide ſind ihrem Rechtsgrunde, wie ihrer Wirkung nach durchaus von einander verſchieden, und ein Schluß von einem auf den andern kann nur Verwirrungen erzeugen, wie denn die auf dieſelben ſich beziehenden rechtlichen Beſtimmungen außer Zweifel auch völlig unabhängig von einander entſtanden.

Die L. 5. C. *de revocandis donationib.* nun ſpricht nur von dem Falle, wenn ein Vater ſein ganzes Vermögen und zwar an die eigenen Kinder verſchenkt hat. Allein da es ein bloßes Reſcript und kein Grund erſichtlich iſt, weshalb gerade nur gegen die eigenen Kinder des Schenkers und nicht auch gegen dritte Perſonen das Revocationsrecht eintreten ſolle [34]), und da ferner der Zweck offenbar iſt, dafür zu ſorgen, daß den nachgebornen Kindern ihr Pflichttheil verbleibe, ſo kann man den in der Conſtitution enthaltenen Rechtsſatz ſo ausdrücken: wenn Jemand ſein ganzes Vermögen oder einen be-

nur kürzer und beſtimmter aus. Dieſe Erklärung wird um ſo wahrſcheinlicher, wenn man bedenkt, daß zur Zeit des Kaiſers Philippus, auſſer dem Patronatverhältniſſe, die Revocation einer Schenkung wegen Undankes noch überall nicht geſtattet war. (Haſſe a. a. O. S. 228.). — Weſentlich mit meiner Erklärung übereinſtimmend iſt Hille in der angef. Diſſertation p. 37 squ.

33) Dies geſchieht namentlich von Cujacius observ. Lib. XX. cap. 5., und in der expositio ad Nov. 92.

34) Viel eher würde das Gegentheil anzunehmen ſeyn, da bekanntlich Kinder zu den personis exceptis hinſichtlich der Einſchränkungen der Lex Cincia gehörten, Vat. Fr. §. 298.

trächtlichen Theil deſſelben verſchenkt, ſo darf er von dem Beſchenkten ſo viel als der Pflichttheil der nachgebornen Kinder beträgt, wieder zurückfordern [35]. Auf einer verkehrten Anwendung der L. 8. C. *de revocand. donat.* beruht es aber, wenn Manche glauben, daß nach dieſem Geſetze, die von einem Kinderloſen gemachten Schenkungen allemal propter supervenientiam liberorum reſcindirt werden könnten, jene Vorſchrift alſo auf der Präſumtion beruhe, daß der Schenker, wenn er bereits Kinder gehabt hätte, nicht ſo viel weggeſchenkt haben würde [36]. Das Geſetz giebt dem Patron die Befugniß aus der gedachten Urſache die Schenkung vollſtändig wieder aufzulöſen, („totum, quicquid largitus fuerit, revertatur"). Die L. 5. Cod. *h. t.* dagegen geſtattet nur eine theilweiſe Reſciſſion [37]. Beide Geſetze können alſo

35) In der Hauptſache ſtimmt hiermit überein Hille Diss. cit. p. 36. in f. sequ.; nur ſcheint derſelbe das Revocationsrecht auf den Fall zu beſchränken, wenn der Donator ſein ganzes Vermögen verſchenkt hat.

36) Glossa Accursii ad h. l. (Andere Gloſſatoren waren der entgegengeſetzten Meinung. S. die Summa Azonis ad h. l.) Dem Accurſius folgten auch Bartolus (ad L. 87. §. 3 D. *de leg. II.*), Cujacius (observ. Lib. XX. cap. 5.) u. A. Von den Neueren ſchließen ſich an dieſe Meinung an Hofacker Principia jur. civil. Rom. Germ. T. II. §. 1003 Günther Principia juris Rom. priv. noviss. T. II. §. 1052. Nr. III. (Beide Schriftſteller berufen ſich auf Tiraquellus, welcher freilich die Gründe für dieſe Anſicht ſehr ausführlich vorträgt, übrigens die entgegengeſetzte Meinung vertheidigt).

37) Geſtritten wird freilich auch über das Quantum, welches nach L. 5. C. *h. t.* revocirt werden kann; indeſſen nur darüber, ob der ganze Inteſtaterbtheil zurück verlangt werden kann (wie dies namentlich Zimmern a. a. O. S. 73. be-

neben einander nicht beſtehen, ſobald man der L. 8. C. *de rev. don.* die Bedeutung einer allgemein geltenden, nicht blos auf das Patronat=Verhältniß beſchränkten Rechtsvorſchrift beilegt. Auch iſt überall kein Grund vorhanden, die frühere Conſtitution (die L. 5. C. *h. t.*) als bloße hiſtoriſche Relation (wie wir deren freilich in dem Codex Constitutionum genug finden [38])) über den Anfang eines ſpäterhin viel weiter gehenden Rechts zu betrachten. Ganz abgeſehen nämlich davon, daß beide Conſtitutionen alsdann in demſelben Titel ſtehen würden, ſo iſt in der letztern das Patronatsverhältniß ganz deutlich als der eigentliche Grund der geſetzlichen Beſtimmung hervorgehoben, von einer Ausdehnung auf Schenkungen unter Freigebornen kann alſo um ſo weniger die Rede ſeyn, als die Conſtitution nicht etwa ein bloßes, die Entſcheidung eines concreten Rechtsfalles betreffendes Reſcript iſt, ſondern eine an den Praefectus urbi, welchem unter anderen die Schlichtung der Rechtshändel zwiſchen Patronen und deren Freigelaſſenen oblag, gerichtete allgemeine Vorſchrift. Aus dieſen Gründen hat denn auch von jeher die Mehrzahl der Rechtslehrer ſich gegen die analoge Anwendung der L. 8. cit. erklärt [39]). Nichts=

hauptet, oder nur der Pflichttheilsbetrag. Auſſer Streit aber iſt, daß nicht das Ganze, wie nach L. 8. C. *de revoc. donat.*, Gegenſtand der Revocationsklage iſt.

38) S. meine doctrina Pandectar. Vol. I. §. 11. in f.

39) Am ausführlichſten *Andr.* Tiraquellus in comment. ad L. 8. C. *de revoc. donat.* ad voc. *libertis* (in opp. T. VI. Frf. 1597. p. 41—70.). Andere nennt Glück Bd. VII. des Commentars S. 170. S. auch *F. G.* Zolleri Exercit. an donatio inter vivos legitime facta ob supervenientiam liberorum revocari possit? Lips. 1767. 4.—

deſtoweniger berufen ſich Einige, welche ſonſt aus theoretiſchen Gründen gegen die Ausdehnung ſind, oder dieſelbe doch nicht für unbedenklich halten, auf einen entgegenſtehenden Gerichtsgebrauch [40]. Die Berufung auf Praxis und Gerichtsgebrauch findet ſich bei unſern juriſtiſchen Schriftſtellern häufig genug, ohne daß man es mit dem Beweiſe eben genau nimmt. Dies darf man auch hier wohl ſagen. Allerdings iſt nicht zu läugnen, daß in einzelnen Fällen die Reſciſſion beträchtlicher Schenkungen zugelaſſen iſt, weil ſich aus den Umſtänden ergab, daß der Schenker dieſelben wahrſcheinlich nicht gemacht haben würde, hätte er damals ſchon eine legitime Deſcendenz gehabt, wobei man denn die Entſcheidung, um ihr doch eine poſitive Grundlage zu geben, auf die L. 8. C. *de revocand. donationib.* ſtützte [41]. Daß indeſſen ein feſter

Schweppe das röm. Privatrecht. §. 502. a. E. Gottschalk select. discept. T. II. cap. XXXII. p. 391 squ. Meine doctr. Pand. Vol. II. §. 444. Seuffert Lehrbuch des pract. Pandektenrechts Bd. II. §. 365. a. E. *F.* Warnkoenig commentarii juris. Rom. priv. T. II. p. 369.

40) Pufendorf observat. jur. univ. T. III. obs. 157. Höpfners Commentar §. 412. Nr. 3. Hagemanns pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrſamkeit, Erört. XCII. Mackeldey Lehrb. des röm. Rechts §. 427. Not. f. (der 9ten Aufl.)

41) Solche Entſcheidungen finden ſich in den vorher (Note 39. 40.) angeführten Schriften von Gottſchalk und Pufendorf. Schwankend wird übrigens dieſe Anordnung auch noch dadurch, daß man nur die Revocation beträchtlicher Schenkungen geſtattet. „Die Beſtimmung darüber, (ſagt Hagemann a. a. O.) ob eine gemachte Donation beträchtlich ſey, oder nicht, iſt lediglich der Beurtheilung des Richters überlaſſen, der die dabei eintretenden Umſtände jedesmal beſon-

Gerichtsgebrauch für die Ausdehnung ſich nicht gebildet habe, geht allein ſchon aus den Streitigkeiten der theoretiſchen und praktiſchen Juriſten über den Sinn der L. 5. Cod. *h. t.* hervor: ob nämlich überhaupt dem Schenker ſelbſt, oder nur dem im Pflichttheile durch die Schenkung verletzten Kindern ſelbſt ein Revocationsrecht zuſtehe, und ob eine ſolche Schenkung nur für den Pflichttheilsbetrag, oder für den ganzen Inteſtaterbtheil der nachgebornen Kinder reſcindirt werde? Darüber würde ja unmöglich geſtritten werden können, wenn es ſchon durch Gerichtsgebrauch feſt ſtände, daß ein Donator, nachgeborner Kinder wegen, alle, oder doch beträchtliche Schenkungen *ganz* revociren könne!

Auch auf den Fall will man das Recht des Widerrufs anwenden, wenn der Schenker zwar Kinder hat, allein über deren Exiſtenz irrte, z. B. ſie für verſtorben hielt [42]. An einem eigentlich juriſtiſchen Grunde für dieſe Ausdehnung fehlt es ebenfalls, da das ganze Revocationsrecht etwas höchſt Singuläres iſt. Indeſſen ſpricht hier allerdings eine gleiche Billigkeit für die Zulaſſung

ders zu prüfen und zu berückſichtigen hat. Das Oberappellationsgericht hielt eine Schenkung von 600 Rthl. gegen ein Vermögen von 20,000 Rthl. nicht für beträchtlich.“ Wie nun aber, wenn die Schenkungsſumme ſich auf ſo viel belaufen hätte, daß das Gericht keinen Anſtand finden konnte, die Schenkung für beträchtlich zu halten, — würde man alsdann die Revocation auf die ganze Summe zugelaſſen haben (wie die L. 8. cit. vorſchreibt), oder nur in ſoweit die Schenkung als eine beträchtliche erſcheint? Letzteres erfordert die Conſequenz, kann aber, wenn nicht der Geſetzgeber eine feſte Grenze beſtimmt, gar leicht in bloße Richterwillkühr ausarten.

42) Hagemann a. a. O.

des Widerrufs, und die Gerichte werden um ſo eher geneigt ſeyn, die Revocation einer durch ſolchen Irrthum veranlaßten Schenkung wenigſtens nach der Analogie der L. 5. C. ad *h. t.* (alſo für den Pflichttheils-Betrag) zu geſtatten, als derſelbe auf andere Rechtsgründe nicht wohl geſtützt werden kann. Denn ein Irrthum über das Motiv kommt bei Schenkungen als weſentlich, mithin als reſcindirend, nicht in Betracht, und wird überhaupt (außer dem Fall einer darauf gerichteten Bedingung) bei Verträgen nur berückſichtigt, ſoferne man in der Meinung, etwas ſchuldig zu ſeyn, eine Nichtſchuld erfüllt hat [43]). Es können hier auch nicht etwa die Entſcheidungen römiſcher Kaiſer, wonach ein Notherbe, den der Teſtirer übergangen hatte, weil er ihn für geſtorben hielt, an die Stelle des eingeſetzten Erben treten ſoll [44]), zur Anwendung gebracht werden. Sie gewähren uns für den jetzt zur Frage ſtehenden Fall durchaus keinen juriſtiſchen Anhaltspunkt, theils weil ein ſolcher Irrthum bei letzwilligen Verfügungen ein weſentlicher iſt [45]), theils weil von dem Eintreten in das Recht eines Andern hier gar nicht die Rede ſeyn kann.

Kann nun aber das Revocationsrecht den nachgebornen oder durch einen Irrthum des Schenkers verkürzten Kindern ſelbſt zugeſtanden werden? Daß ſie es beim Leben das Vaters nicht ausüben dürfen, iſt wohl nicht zu bezweifeln, da ſie ihre Berechtigung hierzu immer nur auf ihr Notherbenrecht ſtützen können, ein ſolches Recht

43) L. 65. §. 2. D. *de condict. indeb.* (XII. 6.) L. 1. §. 1. *eod.*

44) L. 28. D. *de inoff. test.* L. 92. D. *de hered. instit.* (XXVIII. 5.)

45) S. Bd. XXXV. des Commentars. S. 380.

aber ſeiner Natur nach vor dem Tode des zu Beerbenden nicht exiſtirt[46]. Daß ihnen indeſſen nach dem Tode des Schenkers der Widerruf zuſtehe, wird wohl ziemlich allgemein angenommen[47]. Streng genommen fehlt es aber auch dafür an hinreichender Begründung. Das Reſciſſionsrecht liebloſer Schenkungen können nachgeborne Kinder ſelbſt alsdann nicht in Anſpruch nehmen, wenn man es auch unabhängig von einer abſichtlichen Verletzung des Notherbenrechts eintreten läßt, weil ſie ja zur Zeit der geſchehenen Schenkung noch gar nicht exiſtirten. Andere Gründe, jene Befugniß auf die Kinder ſelbſt zu erſtrecken, ſind ebenfalls nicht vorhanden, da das Geſetz ja nur von einem reverti in patrimonium donatoris ſpricht. Da indeſſen über die Bedeutung dieſes Ausdrucks geſtritten wird, und viele Juriſten ja ſogar nur den Kindern und nicht auch dem Schenker ſelbſt das Reſciſſionsrecht geſtatten (Note 21 u. 22), ſo wird es dem Richter, welcher hier die Billigkeit üben will, ſo wenig an Gründen, als an Auctoritäten dafür fehlen.

Wenden wir uns nunmehr wieder zu unſerer querela inofficiosae donationis, ſo entſteht

II) die Frage: gegen wen die Klage zu richten ſey? Glück[48] hält ſie mit vielen Andern für eine qualificirte Erbſchaftsklage, gleich der querela inofficiosi

46) Gottschalk sel. disceptation. for. T. II. cap. XXXII. p. 392 sqqu. Hille Diss. cit. p. 35.

47) M. ſ. die in Note 21 u. 22. angef. Schriften; auch Franke Notherbenrecht S. 519.

48) Bd. VII. des Commentars S. 174 — 176. Die wichtigern Schriften ſind hier angeführt. Von den Neuern tritt ihm bei v. Wening-Ingenheim Lehrb. Buch V. §. 154.

testamenti, und ſchließt daraus, daß ſie nicht nur gegen den Beſchenkten, ſondern auch gegen einen jeden angeſtellt werden könne, welcher das Geſchenk beſitzt, und läugnet, daß der Kläger dadurch in ſeinem Pflichttheil verkürzt ſey. Zum Beweiſe daß die Klage keine blos perſönliche ſey, beruft er ſich mit H. Donellus auch auf den Grund, daß eine perſönliche Klage nur aus einer obligatio entſtehe, der Beklagte aber ſich hier dem Kläger durch kein factum verbindlich gemacht habe [49]. Indeſſen kann die Richtigkeit dieſer Meinung nicht zugegeben werden. Denn

1) iſt eine abſolute Gleichheit zwiſchen der querela inofficiosi testamenti und dieſer Klage ganz unmöglich, da der Beklagte hier ja nicht aus einem erbſchaftlichen Titel beſitzt, und der Kläger nicht erſt Erbrecht zuerkannt haben will [50], ſondern bei ihm vielmehr vorausgeſetzt werden muß, daß er Erbe des Schenkers ſey; wäre dies noch zu bezweifeln, ſo müßte die Erbenqualität vorerſt noch durch eine Activlegitimation feſtgeſtellt werden [51].

49) Donellus comment. jur. civil. Lib. XIX. cap. XI. §. 19 (Vol. XII. p. 313. der Ausg. von Bucher) argumentirt ſo: alle perſönlichen Klagen entſpringen entweder ex contractu, oder quasi ex contractu, oder ex maleficio, oder quasi ex maleficio. Weil nun keins dieſer Fundamente auf unſere Klage paſſe; ſo könne ſie auch keine Perſonalklage ſein. Mit Recht erklärt Franke (Notherbenrecht S. 520.) dieſes Argument eines Donellus unwürdig.

50) Dies erlangt nämlich der Kläger mittelſt der querela de inofficioso testamento, welche eine hereditatis petitio aus dem Grunde eines pflichtwidrigen Teſtaments iſt. (S. Bd. XXXV. §. 1421. e. S. 349.)

51) S. Genslers Abhandlung über Legitimation §. 2. Nr. 3.

Andere Verſchiedenheiten finden ſich in unſeren Rechtsquellen ſelbſt anerkannt [52]). Wenn es alſo heißt: juxta formam de inofficioso testamento constitutam, ad similitudinem inofficiosi testamenti querelae u. ſ. w. werde auch die Klage wegen Reſciſſion ſolcher Schenkungen gegeben, ſo wird dadurch allerdings auf eine Aehnlichkeit beider Klagen, ſowohl in Anſehung ihres Grundes, als ihrer rechtlichen Natur hingewieſen, und es darf daher wohl angenommen werden, daß die Klage auf Reſciſſion liebloſer Schenkungen im Zweifel überall nach der Analogie der querela inoff. testamenti behandelt werden müſſe [53]); jedoch verſteht ſich hierbei von ſelbſt die Modification; ſoferne nicht die Natur der Sache und der Begriffe ein Anderes mit ſich bringen, oder ſich Verſchiedenheiten zwiſchen beiden aus den beſonderen Beſtimmungen der Quellen über das neue Rechtsmittel nachweiſen laſſen. Dies aber iſt hier der Fall. Zu den dafür bereits oben angeführten Gründen füge ich noch den hinzu, daß eine an ſich giltige Schenkung theilweiſe reſcindirt werden ſoll, Reſciſſionsklagen aber in der Regel perſönliche ſind [54]). Von dieſer Regel giebt es allerdings manche Ausnahmen, allein keine derſelben trifft in unſerem Falle zu. Sie laſſen ſich nämlich insgeſammt auf

(in deſſen Handbuche zu Martins Lehrb. des bürgerl. Prozeſſes Bd. I. Abth. V. S. 117).

52) So in Anſehung des Quanti, worauf die quer. inoff. donationis gerichtet iſt: z. B. in L. 8. pr. in f. C. *h. t.* Doch wird hierüber freilich noch geſtritten. S. unten Nr. IV.

53) Hille dissert. cit. cap. II. in f. p. 16.

54) Meine doctrina Pandectar. Vol. II. §. 271. (ed. 3.) Burchhardi die Lehre von der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand. §. 22. Nr. III. S. 416 fgg.

folgende Klaſſen zurückführen: a) wenn durch Adjunction nur widerruflich Eigenthum erworben iſt [55]; b) wenn die Uebertragung des Eigenthums nur für eine gewiſſe Zeit, oder unter Hinzufügung einer Bedingung erfolgt iſt [56]; c) wenn da, wo die Regel ſonſt eingreifen würde, aus beſonderen Gründen Ausnahmen ausdrücklich zugelaſſen ſind [57]. Wäre nun unſere Reſciſſionsklage dinglich, ſo würde ſie nur zu dieſer dritten Klaſſe gehören können, alſo dafür ein ausdrückliches Anerkenntniß in den Rechtsquellen nachgewieſen werden müſſen, woran es aber entſchieden fehlt.

2) Es kann aber auch, hiervon ganz abgeſehen, die analoge Anwendung der querela inofficiosi testamenti nur dahin führen, daß die Reſciſſionsklage gegen dritte Beſitzer der verſchenkten Sachen zugelaſſen werden müßte. Denn jene Klage ſelbſt iſt in Anſehung der Perſon des Beklagten beſchränkt; ſie geht nicht wider dritte Beſitzer von Erbſchaftsſachen, ſondern nur wider den eingeſetzten Erben, und wer an deſſen Stelle tritt (qui heredis loco est) [58]. Nur von dem Erben des Beſchenkten aber kann man ſagen, er trete an die Stelle

55) L. 23. §. 5. D. *de rei vind.* (VI. 1.)

56) M. ſ. über dieſe Fälle und über die Beſchränkungen, welche auch der obige Satz wiederum leidet, meine doctrina Pandect. a. a. O. not. 5—7 und den dazu gehörigen Text.

57) Dies iſt der Fall in Anſehung einzelner prätoriſcher Reſtitutionen, die ausnahmsweiſe gegen einen dritten Beſitzer (in rem) wirken; z. B. L. 9. §. 4 et 8. D. *quod metus causa* (IV. 2.) L. 13. §. 1. D. *de minor.* (IV. 4.) — Burchhardi a. a. O. S. 419 fg.

58) S. dieſen Commentar Bd. VII. §. 556. S. 407 fgg. und Bd. XXXV. §. 1421. e. S. 356 fgg.

deſſelben, — er ſey gewiſſermaſſen als der Beſchenkte ſelber zu betrachten [59]) nicht von einem bloßen Singular-Succeſſor.

3) Vollends ſchwach iſt das Gegenargument, daß perſönliche Klagen nur wider den ſtatt finden, welcher ſich dem Kläger durch ein obligatoriſches Factum verbindlich gemacht hat. Offenbar iſt dabei nicht an die zahlreiche Klaſſen der Obligationen gedacht, die ihren Grund im Geſetze, oder im Edict haben [60]) und welche von den Neuern unmittelbare genannt zu werden pflegen [61]). Eine ſolche unmittelbare Obligation nun treffen wir hier an; das Geſetz verpflichtet den, welcher nach gewöhnlichen Begriffen nicht obligirt ſeyn würde, das, was er oder ſein Erblaſſer aus einem an ſich rechtsgiltigen Geſchäft empfangen hat, wieder zu reſtituiren [62]).

III. Eine ſehr beſtrittene Frage iſt: erfordert die Begründung der Reſciſſionsklage, daß die Schenkung in der Abſicht geſchehen ſey, den Notherben dadurch zu ent-

59) Daß es auch in dieſer Hinſicht noch Beſchränkungen giebt, indem namentlich die Reſciſſionsklage wegen Undankbarkeit nicht wider den Erben des Donatars ſtatt findet (L. 10. in f. C. *de revoc. donat.*) ſoll hier nur beiläufig bemerkt ſeyn.

60) L. 52. pr. D. *de Obl. et Act.* (XLIV. 7.) „Obligamur — — aut lege, aut jure honorario" —.

61) S. Weber von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 5. §. 31 — 35. — Nur gegen die Terminologie und gegen ein auf dieſe Eintheilung gegründetes wiſſenſchaftliches Lehrgebäude ſind die Erinnerungen Thibauts (in den Verſuchen Bd. I. Abh. XII. S. 237 fgg.) gerichtet, nicht gegen die ihr zu Grunde liegenden Begriffe ſelbſt.

62) Vgl. Franke a. a. O. S. 520 fg.

ziehen, was der Erblaſſer ihnen ſonſt durch letzten Willen zu entziehen nicht vermocht hätte, oder muß nicht vielmehr ſchon jede den Pflichttheil verkürzende Schenkung an und für ſich als eine inofficioſe betrachtet werden? Die zahlreichen Vertheidiger der letzten Meinung[63]) beziehen ſich auch hier ganz vorzüglich auf die Analogie der querela inofficiosi testamenti. Allein dieſe Klage ſetzt ja ebenfalls eine bösliche, oder doch wenigſtens eine liebloſe Entziehung des Pflichttheils voraus, und es kann nicht zugegeben werden, wenn Franke behauptet, daß nachdem die Inofficioſitäts-Querel einmal eingeführt war, auf Liebloſigkeit des Teſtirers nicht weiter geſehen worden ſey, ſondern nur darauf, ob die Notherben im Pflichttheile verkürzt ſeyen, oder nicht[64]). Vielmehr hatte eine auf bloßem Irrthume beruhende Ausſchließung oder Uebergehung des Notherben ganz andere Folgen, als die Querel, indem alsdann entweder die teſtamentariſche Verfügung gar nicht galt, oder der Notherbe an die Stelle des eingeſetzten Erben trat[65]). Sehen wir indeſſen von

63) Zu ihnen gehört auch Glück (Bd. VII. des Commentars S. 167. Nr. 2. der übrigens dieſe ganze Frage höchſt dürftig abfertigt. Zu den von ihm daſelbſt Note 29 angeführten Schriften füge ich noch folgende hinzu: Zimmern in der angef. Abhandl. S. 66. Hille l. l. c. IV. p. 27 sequ. Franke Notherbenrecht §. 43. S. 505 fg. (Vgl. auch unten Note 84. 85.)

64) Franke a. a. O. S. 506.

65) Bd. XXXV. des Commentars S. 380—390. — Den Vertheidigern der entgegengeſetzten Meinung kann man daher gern zugeben, daß die querela inofficiosi testamenti hier zur Anwendung kommen müſſe. — Dadurch ſuchen ſie denn namentlich auch die Berufung auf die Faviana und Calvisiana actio, welche gleichfalls einen dolus vorausſetzen, zu

dieſer Analogie und überhaupt von rein poſitiven Gründen einſtweilen ab, und verſuchen es, den Gegenſtand von einem allgemeinen Standpunkte aufzufaſſen, wodurch am erſten die Interpretation der hier in Betracht kommenden Stellen eine ſichere Grundlage erhalten kann [66].

Das Notherbenrecht beſchränkt die Dispoſitionsbefugniß eines Menſchen nur in Anſehung ſeines Nachlaſſes, und da, was zu dieſem gehört, ſich erſt nach dem Tode zeigen kann, ſo folgt hieraus von ſelbſt, daß die Entziehung oder Schmälerung des Notherbenrechts eigentlich auch nur durch letztwillige Verfügungen nicht geſchehen durfte; denn viventis legitima non datur [67]. Indeſſen lehrte die Erfahrung, daß eine bloße Beſchränkung teſtamentariſcher Verfügungen nicht genüge, um den Notherben den ihnen durch das Geſetz angewieſenen Theil des Nachlaſſes zu ſichern. Was zu dieſem gehören werde? iſt, ſo lange der Inhaber des Vermö-

entfernen. (Hille l. l. p. 30 squ. Franke a. a. O. S. 507.) Hat es nun gleich allerdings ſeine Richtigkeit, daß unſere Reſciſſionsklage ſich nicht an die zum Schutze des patronatiſchen Erbrechts eingeführten Klagen, ſondern an die Teſtamentsquerel anſchließt, jenes Recht und das der Notherben auch auf verſchiedenen Grundlagen beruhen, ſo iſt doch ſonſt eine innere Verwandtſchaft der Fälle unverkennbar; indeſſen bedarf die hier vertheidigte Meinung einer ſolchen Stütze überall nicht.

66) Schon von Hugo Donellus geſchieht dies in den commentariis juris civilis Lib. XIX. c. XI. §. 1. 2; vorzüglich aber von Kritz in der angeführten Abhandlung §. 8—13. S. 125 bis zu Ende. — Im Reſultate ſtimmt auch überein v. Wening-Ingenheim Civilr. Buch V. §. 153. Nr. 3.

67) *Chr.* Thomasii diss. de legitima viventis Cap. I. §. 1.

gens lebt, ſchwer zu beſtimmen. Wenn derſelbe aber Vermögensveräuſſerungen in der Abſicht vornimmt, ſeinen Notherben den ihnen geſetzlich gebührenden Erbtheil zu entziehen oder zu verkürzen, ſo wird wohl Niemand den Geſetzgeber tadeln, welcher auch dies als Pflichttheilsentziehung behandelt. Und da eine ſolche Abſicht allemal ſchwer zu erweiſen iſt, ſo kann immer noch ein Schritt weiter gegangen, und auch ſchon als ungebührliche Verletzung des Notherbenrechts betrachtet werden, wenn Jemand auf eine ſolche Art und unter ſolchen Umſtänden ſich liberal erweiſt, wodurch er offenbar eine liebloſe Geſinnung wider ſeine nächſten und durch das Geſetz zum Pflichttheile berufenen Angehörigen an den Tag legt. Es iſt nicht eben nöthig, dies einen dolus praesumtus zu benennen [68]; eine liebloſe Geſinnung aber, alſo gerade das, worauf die Inofficioſitätsklage gegen ein Teſtament beruhete [69]; liegt gewiß darin, wenn Jemand ſein ganzes Vermögen,

68) Gegen dieſen Begriff erklären ſich hauptſächlich *P. P. H. de* Dompierre *de* Jonquiéres Specim. de restitutionib. in integrum Tit. III. §. 8. Haſſe die Culpa des röm. Rechts §. 23. Wening über die Vermuthung des böſen Vorſatzes (im neuen Archiv des Criminalrechts von Kleinſchrod, Konopak und Mittermaier Bd. II. St. II. Nr. IX. S. 194 fgg. (Auf gewiſſe Weiſe vertheidigt wider den dolus praesumtus Kritz a. a. O. S. 133. — Indeſſen kommt auf dieſe Differenz überhaupt wenig an, da Alle darin einverſtanden ſind 1) daß der civilrechtliche dolus, die lata culpa nur Leichtſinn und Frivolität der Geſinnung, nicht gerade eine entſchieden ſchlechte Abſicht vorausſetzt; 2) daß auch ſelbſt der eigentliche dolus meiſtens nur aus Indizien erkennbar iſt, wobei denn ja auch doch wieder der Beweis des Gegentheils im Allgemeinen für zuläſſig zu achten iſt.

69) Pr. J. *de inoff. test.* — S. oben Note 65.

oder den größten Theil deſſelben ohne hinreichenden Grund wegſchenkt und dadurch den Seinigen dasjenige entzieht, worauf ſie ſich nach gewöhnlichen Vorausſetzungen dereinſt Rechnung machen durften. Aber weiter darf der Geſetzgeber das Notherbenrecht nicht ausdehnen; er darf nie vergeſſen, daß eine legitima viventis doch immer etwas höchſt Anomales iſt, und man dem Verkehr die drückendſten Feſſeln anlegen würde, wollte man die Dispoſitionsfreiheit eines Menſchen über das Seinige ſo einſchränken, als wären ſeine Angehörigen wirkliche Miteigenthümer ſeines Vermögens, oder wenigſtens Aufſeher über ſeine Handlungen [70]. Oder geſchieht dies etwa nicht, wenn man jede Schenkung für inofficiös halten muß, welche die Größe der Summe überſteigt, worüber der Eigenthümer durch Teſtament frei verfügen kann, — wenn der Mann, welchem ſeine Geſchäfte oder ſein Amt ein zureichendes Einkommen gewähren, der aber nur ein geringes Vermögen beſitzt, durch Aufopferung deſſelben ſich gegen den nicht dankbar beweiſen darf, dem er vielleicht Ehre, Leben und Freiheit zu danken hat [71])? Und

70) Sehr wahr bemerkt Kritz a. a. O. S. 131: „es würde keine legislatoriſche Einſicht verrathen, Jemanden auf Lebenszeit als Sclaven an ſein Vermögen zu feſſeln, damit gewiſſen Notherben ein beſtimmtes Quantum zuverläſſig verbliebe.“

71) Kritz a. a. O. S. 128. 129. fragt mit Recht: ob Jemand ſich getrauen werde, die Schenkung eine unmäßige zu nennen, wenn ein Angeklagter den Sachwalter, deſſen angeſtrengte Bemühungen ihn der Gefahr eines ſchimpflichen Todes entziehen, von ſeinem etwa nur aus 500 Thalern beſtehenden Vermögen außer den Gebühren noch einige hundert Thaler ſchenkt, und dadurch den Pflichttheil ſeiner Kinder ſchmälert? Er fährt dann fort: „Daſſelbe würde der Fall ſeyn, wenn ein Mann, der 350 Thlr. Vermögen, auſſer-

überſchreitet man einmal den Kreis, den die Natur der Sache und ſelbſt das poſitive Recht hier gezogen haben, — es ſoll das Recht gewiſſer Perſonen auf einen Theil des Nachlaſſes durch liebloſe Schenkungen (*inofficiosae* donationes) verletzt ſeyn: ſo iſt in der That nicht abzuſehen, warum alsdann nicht noch etwas weiter gegangen, und den Notherben auch die Befugniß zugeſtanden werden dürfte, jeden übereilten Handel, jede verfehlte Speculation ihres Erblaſſers anzufechten!

Nur dann alſo iſt dies Reſciſſionsrecht für begründet zu achten, wenn der Erblaſſer ſeine Notherben um ihren Pflichttheil zu betrügen ſuchte, oder doch durch ſeine Handlung eine offenbare Liebloſigkeit an den Tag legte. Und daß dies auch wirklich die im römiſchen Rechte ausgeſprochene Anſicht ſey, wird jeder bald finden, welcher ohne vorgefaßte Meinung und mit ſteter Erwägung der Natur und der Gränzen des Notherbenrechts die hieher gehörigen Stellen lieſt. — Folgende Stellen ſprechen ausdrücklich von einer böslichen Abſicht des Erblaſſers, das Notherbenrecht zu vereiteln:

L. 87. §. 3. D. *de legat.* II. „Si liquet tibi — aviam *ob intervertendam querelam* — — patrimonium donationibus exinanisse.“

L. 1. C. *h. t.* (Imp. Philippus) „Si, ut allegatis,

dem aber eine auf Lebenszeit geſicherte reichliche Beſoldung hat, ſo daß er eben keine Thorheit begeht, wenn er bei einer an ſich vernünftigen Veranlaſſung 300 Thlr. für irgend ihm beſonders nahe gelegene Zwecke der Wohlthätigkeit ausgiebt, eines ſolchen Zwecks halber wirklich 300 Thlr. wegſchenkt. Möchte man ihn wohl der immodicae donationis zeihen wollen, wenn er auch Pflichttheilsberechtigte am Leben haben ſollte“?

mater vestra *ad eludendam inofficiosi querelam* paene universas facultates suas — — — donationibus — exhausit — —.

L. 8. pr. C. (Impp. *Diocl. et Maximin.*) „Si liqueat matrem tuam *intervertendae quaestionis inofficiosi causa* patrimonium suum donationibus — — — exhausisse“ [72]).

72) Es kann hier auch noch eine Stelle aus den Vaticaniſchen Fragmenten angeführt werden. Sie lautet ſo: „*Divi Diocletianus et Constantius Caeciliae Anagrianae.* Si donationibus in unam filiam collatis, quarta non retenta, *patrimonium exhaustum in fraudem ceterorum filiorum probetur*, has rescindi ad instar inofficiosi testamenti sacris constitutionibus parentum nostrorum evidenter continetur.“ Dagegen erwidert man (z. B. Hille l. l. p. 30), *in fraudem* heiße hier nur zum Nachtheil, zum Schaden der Kinder. — Es iſt wahr, fraus wird dem dolus bisweilen entgegen geſetzt (z. B. L. 7. §. 10. D. *de pactis.* II. 14. L. 3. §. 3. D. *pro socio.* XVII. 2. ſo auch in der bekannten Sigle *D. M. F. V. C.* i. e. dolo malo fraudisve causa. S. *Valer.* Probi de notis Romanorum, in Gothofredi auctores lat. ling. p. 1459.) Dolus ſoll nach der Meinung mancher Juriſten alsdann auf einen durch Abſicht und Hinterliſt herbeigeführten, fraus auf einen in der Sache ſelbſt liegenden Nachtheil bezogen werden. „Fraus ex re ipsa venit, ex conventione inconsulto facta“, heißt es bei Cujacius ad L. 3. §. 3. D. *pro soc.* (in comment. ad Lib. XXXII. *Pauli* ad edictum. Ed. Par. T. II. opp. post. p. 508.) Und auf ähnliche Art äuſſert ſich Noodt de pact. et transactionib. c. 15: fraus ſey vorhanden, wenn „non adversarii consilium et mala fides fraudi causam praebet, sed rei eventus. (Vgl. auch denſelben Schriftſteller in der Abhandl. de forma emendandi doli mali c. 7; in opp. omn. T. I. p. 317.) Indeſſen, trotz dieſer gewichtigen Autoritäten,

Indeſſen wird dagegen hauptſächlich zweierlei erinnert: einmal daß argumenta a contrario bei Reſcrip-

kann ich doch hiermit nicht übereinſtimmen. Fraus hat bisweilen, beſonders bei nicht juriſtiſchen Klaſſikern, eine metaphoriſche Bedeutung (z. B. ea res fraudi mihi fuit u. a. m.); ſo wie auch wir wohl ſagen: der Erfolg betrog ihn in ſeinen Erwartungen, u. ſ. w. Hievon aber abgeſehen, laſſen ſich aus den Stellen, die wir in den nicht juriſtiſchen und juriſtiſchen Wörterbüchern zahlreich angeführt finden, folgende Hauptbedeutungen entwickeln: a) Fraus iſt gleichbedeutend mit *dolus*, dieſes Wort in ſeinem vollen Sinne für Betrug, Liſt, böswillige Abſicht genommen. (Vgl. Brissonius de V. S. v. *fraus* §. 2.) Forcellini totius latinitatis Lexicon ead. V. pr. Dolus und fraus werden daher auch öfter als Synonyma zuſammengeſtellt, als Gegenſatz der bona fides; b) dolus wird zunächſt auf die Abſicht, fraus auf den dadurch erreichten Erfolg, auf eine wirkliche Bevortheilung bezogen. (Forcellini l. l.); weshalb denn in der römiſchen Geſchäftsſprache beide ſo häufig mit einander verbunden werden (z. B. eben in der vorhin erwähnten Clauſel: dolo malo fraudisve causa.) c) Bisweilen ſcheinen freilich dolus und fraus ſo einander entgegen geſetzt, als ob unter dem letztern Worte blos ein Vermögensverluſt, wobei ein Anderer gewinnt, verſtanden werde. So inſonderheit in der L. 7. §. 10. D. *de pactis*, wo Ulpian bemerkt: der Prätor ſage, er wolle einen dolo malo eingegangenen Vertrag nicht aufrecht erhalten, er beſtimme aber nichts über den Fall: si fraudandi causa pactum factum dicatur. Nach Labeo's richtiger Bemerkung würde indeſſen eine ſolche Beſtimmung entweder unbillig, oder überflüſſig geweſen ſeyn. Jenes, weil ja ſonſt der Gläubiger das, was einmal von ihm erlaſſen ſey, dennoch fordern könnte; überflüſſig aber würde es ſeyn, weil ſich ganz von ſelbſt verſtehe, daß der dolus vollendet, alſo der Nachtheil im Rechtsſinne ſchon bewirkt ſeyn mußte, um dagegen die prätoriſche Rechtshilfe in Anſpruch nehmen zu können; (inest

ten ſehr trüglich ſeyen; wenn daher auch einzelne Fälle, in denen eine bösliche Abſicht des Schenkers vorlag, An-

enim dolo et fraus). Daß der Nachlaß freiwillig, d. h. ohne Täuſchung und Zwang erfolgt war, leidet hiernach nun freilich keinen Zweifel; allein daraus folgt noch nicht, daß der Schuldner keinen Antheil an dem Entſchluß des Gläubigers gehabt habe, oder ſeiner Seits frei von der Abſicht, denſelben zu bevortheilen, geweſen ſey. Nur den durch Täuſchung und Hinterliſt veranlaßten Vertrag will der Prätor reſcindiren, nicht den blos nachtheiligen, wenn gleich der Schuldner, ſeines Vortheils wegen, den Gläubiger dazu beredet haben ſollte, (ſ. *Guil.* Best ratio emendandi leges. Cap. III. §. 11. 12. — Sammlung römiſcher Geſetze. Auf Befehl K. Juſtinians verfertigt. Frankf. u. Leipzig 1785. S. 25.); wie denn überhaupt die Beredung zu einer Handlung, ohne angewandte Liſt und Täuſchung, dem Rechtsbeſtande derſelben nicht ſchadet. L. 9. §. 1. D. *de dolo malo.* (IV. 3.) D. L. 3. *si quis aliquem testari prohibuerit* (XXIX. 6.) L. 3. C. *eod.* (VI. 34.) Leyser medit. ad Pand. Sp. XLII. med. 2. — Fraus alſo, auch wenn kein eigentlicher dolus damit verbunden iſt, ſetzt doch allemal ein abſichtliches Handeln voraus, wodurch Jemanden entzogen wird, was ihm gebührt. Dies wird nicht nur in allen Anwendungen, die von dem Begriffe in unſeren Rechtsquellen vorkommen auf das deutlichſte anerkannt (z. B. in dem Pandektentitel: *quae in fraudem creditorum* facta XLII. 8.), ſondern auch ſogar in einer allgemeinen und ſehr beſtimmten Regel ausgeſprochen: „Fraudis interpretatio (heißt es in der L. 79. D. *de regul. jur.*) *semper* in jure civili *non ex eventu duntaxat*, *sed ex consilio quoque* desideratur.“ (S. *J.* Gothofredi comment. ad h. l. in operib. minorib. a Trotzio editis p. 952). — Hiernach darf denn wohl das angeführte Reſcript aus den Vaticaniſchen Fragmenten ſo erklärt werden: die Reſciſſionsklage ſey begründet, wenn bewieſen werde, daß Schenkungen in der Abſicht gemacht ſeyen, den übrigen

laß zur Entſtehung der Querel gegeben hätten, ſo folge immer nicht, daß die Kaiſer ohne das Vorhandenſeyn einer ſolchen Abſicht anders entſchieden haben würden. So- dann, daß es ja auch Stellen gebe, welche eine Abſicht des Schenkers, den Notherben ihren Pflichttheil zu ent- ziehen, zur Begründung der Querel nicht erfordern[73].

Den erſten Grund nun anbelangend, ſo hat es al- lerdings ſeine Richtigkeit, daß nicht allemal die in den Reſponſen der römiſchen Juriſten und in den Reſcripten der Kaiſer angeführten Thatumſtände als weſentliche Mo- mente der Entſcheidung betrachtet werden können. Wenn indeſſen, wie in den vorſtehenden Reſcripten der Fall iſt, die Entſcheidung ausdrücklich von der Wahrheit gewiſſer Thatſachen abhängig gemacht wird, ſo folgt mit logiſcher Nothwendigkeit, daß der Erweis dieſer Thatſachen als Bedingung des Rechts angeſehen werden muß. Und eine weitere Folge iſt, daß, ſoll anders dieſes Recht ein all- gemein geltendes ſeyn, jene Bedingung — abgeſehen von bloßen Zufälligkeiten und Nebenumſtänden des veranlaſ- ſenden Falles — immer zutreffen muß, wenn das Recht in Anſpruch genommen wird. Sonſt müßte der Urheber der Verfügung ohne alle Ueberlegung und Conſequenz verfahren ſeyn. Dies aber darf nicht vermuthet werden, im Gegentheil ſtreitet die Präſumtion ſtets dafür, daß der Redende, und namentlich der Geſetzgeber, nichts über- flüſſig und ohne Abſicht geſagt, daß vielmehr Alles Zweck

Kindern die Querel zu vereiteln; („si donationibus — — patrimonium exhaustum in fraudem ceterorum filiorum probetur“).

73) Hille in der angeführten Diſſertation p. 28. Franke Notherbenrecht S. 507.

und Bedeutung habe[74]. Wer daher behauptet, daß etwas Ueberflüſſiges und Bedeutungsloſes in einem Geſetze ſtehe, muß dies beweiſen. In unſerem Falle aber wird die Uebereinſtimmung des geſetzlichen Ausdrucks mit Zweck und Abſicht, alſo die Anwendung der obigen Präſumtion, noch unterſtützt, theils dadurch, daß die Abſicht des Schenkgebers, die Querel den Notherben zu vereiteln, ſchon nach der Natur des ganzen Rechts und nach der Analogie verwandter Rechtsmittel als regelmäßige Bedingung der Reſciſſionsklage vorausgeſetzt werden muß, theils durch die Gleichförmigkeit der Beſtimmungen in verſchiedenen Reſcripten, womit ſchwerlich die Annahme beſtehen kann, daß die hervorgehobenen Worte (ad eludendam inofficiosi querelam u. ſ. w.) einer blos zufälligen Aehnlichkeit der Fälle in auſſerweſentlichen Punkten ihr Daseyn verdanken. Es müßte daher auf unzweifelhafte Weiſe nachgewieſen werden können, daß deſſen unerachtet die obigen Worte als auſſerweſentlich für die Entſcheidung betrachtet werden müßten. Dieſen Beweis glaubt man nun eben durch jene Stellen führen zu können, welche von einer ſolchen Bedingung zur Begründung der Reſciſſionsklage nichts wiſſen. In den meiſten dieſer Stellen aber kommen Aeuſſerungen vor, welche ſchließen laſſen, daß der Schenker, wenn auch nicht gerade betrüglich handelte, doch jedenfalls einen hohen Grad liebloſer Geſinnung, die den Beweis der Abſichtlichkeit überflüſſig macht, an den Tag gelegt hatte — ſo, wie ja auch die querela inofficiosi testamenti ſelbſt alsdann noch, wenn der Teſtirer hinſichtlich der Exiſtenz ſeiner Notherben irrte, begründet ſeyn kann, weil nämlich eine Liebloſigkeit ſchon darin liegt, wenn Jemand die Nachricht von dem Tode des Nother-

74) L. 1. §. 2. D. *quod quisque jur. in alterum stat.* (II. 2.)

ben ohne nähere Erkundigung als wahr annimmt, und ſich dadurch zur Einſetzung einer dritten Perſon beſtimmen läßt [75]). — Betrachten wir zuvörderſt die Verordnungen ſelbſt.

L. 2. C. *h. t.* „Impp. *Valerianus* et *Gallienus*. Si pater omne patrimonium suum *impetu quodam immensae liberalitatis effudit* — — — is, qui provinciam regit, ad similitudinem inofficiosi testamenti querelae auxilium tibi aequitatis impertiet.“ (256.)

L. 3. *eod. Iidem.* „Rescripta eos — denotant, qui, quum — — *patrimonium suum immensis donationibus exinanissent, inane nomen heredum liberis reliquerunt*.“ (257).

L. 4. *eod.* „Impp. Diocletianus et Maximianus. Si filius tuus *immoderatae liberalitatis effusione patrimonium suum exhausit*, Praesidis provinciae auxilio uteris, qui — — si in integrum restitutionem ex filii persona tibi competere ob improbabilem donationis enormitatem animadverterit, in removendis his, quae perperam gesta sunt, tibi subveniet“ [76]). —

75) Bd. XXXV. des Commentars §. 1421. e. S. 383.

76) Dieſe Verordnung iſt Theil einer größeren Conſtitution aus dem Jahre 286, welche ſich vollſtändiger in den Vaticaniſchen Fragmenten (§. 282) findet, und wovon ein anderer Theil als L. 6. C. *de donationib.* (VIII. 54.) in den Juſtinianiſchen Codex aufgenommen iſt. Unſer Excerpt (L. 4. C. *h. t.*) hat in der Juſtinianeiſchen Compilation noch folgenden Zuſatz erhalten: „Ideoque non est tibi necessarium adversus immodicas donationes auxilium ad instar inofficiosi testamenti.“ Genau genommen gehört dieſe Stelle alſo eigentlich nicht hieher, da ſie unter der Vorausſetzung,

L. 7. „*Iidem.* Si mater tua patrimonium suum ita *profunda liberalitate* — — evisceratis opibus suis exhausit, ut quartae partis dimidiam — — — in his donationibus, quas tibi largitus est, non habeas, *quod immoderate gestum est*, revocabitur.“

Dieſe letzte Conſtitution kennen wir jetzt vollſtändiger aus den Vaticaniſchen Fragmenten (§. 280). Namentlich fehlt im Juſtinianiſchen Codex der ganze Eingang, wodurch gerade recht beſtimmt das Liebloſe und zu Mißbilligende in dem Verfahren des Schenkers hervorgehoben wird. Er lautet wie folgt: „In dubium[77]) non

daß eine integri restiutio aus der Perſon des Erblaſſers möglich ſey, die ſog. querela inoff. donationis für unnöthig erklärt. (Ich benutze dieſe Gelegenheit, einen kleinen Irrthum zu berichtigen, indem ich an einem andern Orte (Bd. XXXV. S. 348 fg. Note 8.) mit Burchhardi den Ausdruck in integrum restitutio in dieſer Stelle nicht auf die eigentliche, prätoriſche Wiedereinſetzung in den vorigen Stand, ſondern auf unſere Reſciſſionsklage bezog, wozu mich eine nur flüchtige Anſicht der Stelle verleitet hat.) — — Frägt man übrigens: was hier für eine Wiedereinſetzung aus der Perſon des Sohnes gemeint ſeyn könnte? ſo iſt es wohl keine andere, als Reſtitution wegen Minderjährigkeit. Denn die Handlung des Schenkers ſelbſt iſt hier als Grund der Reſtitution angegeben; ein auch für Großjährige geltender Reſtitutionsgrund — z. B. Abweſenheit des Staats wegen konnte alſo nicht gemeint ſeyn. A. M. iſt von Buchholtz in ſeiner Ausgabe der Vaticaniſchen Fragmente zu dieſer Stelle.

77) Nicht ohne Wahrſcheinlichkeit reſtituirt von Buchholtz in ſeiner Ausgabe dies Wort alſo. Die Handſchrift hat: In q— — — — —lum. Allenfalls könnte man daher auch leſen: In *quaestionem* non venit; doch paßt dazu freilich wieder die Schlußſilbe (lum) nicht.

venit, adversus enormes donationes, quae ita in quosdam liberos vacuefactis facultatibus *in filiorum perniciem* conferuntur, jam dudum divorum principum statutis esse provisum. Si igitur mater tua" u.ſ.w.

Insbeſondere aber darf ein anderes Reſcript von Diocletian, das wir überhaupt erſt aus den Vaticaniſchen Fragmenten (§. 271.) kennen gelernt haben, hier nicht mit Stillſchweigen übergangen werden. — Praeses provinciae" ſagt der Kaiſer — „amicus noster notionem suam inpertiet, non ignorans pro sua auctoritate atque experientia, si docebitur, immoderatis donationibus, non retenta quarta ad excludendam inofficiosi querelam nepotis ex filio nati, patrimonium suum avum exhausisse, post[78]) constitutiones *hujusmodi commentis* ad exemplum inofficiosi querelae esse occursum"[79]).

78) Die Handſchrift hat *postque*, was hier gar keinen Sinn giebt. Herr von Buchholtz emendirt daher *juxta*, was aber eher für eine Verbeſſerung des Ausdrucks, als des Textes gelten kann. Das angehängte *que* dagegen kann leicht auf einem Abſchreiberverſehen beruhen. Daß nun *post constitutiones* hier ſo viel bedeute, als: secundum ea, quae constituta sunt, vermag ich freilich nicht zu beweiſen, und will es daher auch nicht behaupten. So gut man indeſſen ſagen kann: *post Hadrianum* saepe rescriptum est, eben ſo gut kann es auch heißen: non ignorans, post constitutiones hujus modi commentis esse occursum. Es iſt hier nämlich von Vereitelung der Chikane durch Vermittelung der rechtſprechenden Behörde die Rede, und dies, ſagt der Kaiſer, ſey ſeit den darüber vorhandenen Conſtitutionen öfter ſchon geſchehen.

79) Die Handſchrift lieſt: ad exemplum inofficiosi querelam esse occursum. Die ſchon von Majus vorgeſchlagene und

Auch in dieſer Stelle iſt von einer Abſicht, durch die Schenkung die Notherben um ihren Pflichttheil zu betrügen, anfänglich gar nicht die Rede, dennoch aber wird dieſe Abſichtlichkeit vorausgeſetzt: ſolchen Vorſpiegelungen (commentis) ſoll durch die nach der Analogie der inofficiosi querela eingeführte Reſciſſionsklage entgegengewirkt werden [80]. Hieraus ſoll nun zwar nicht gefolgert werden, daß der Beweis einer betrüglichen Abſicht des Schenkers allemal erforderlich ſey, um die Reſciſſionsklage durchzuſetzen; wohl aber rechtfertigt ſich der Schluß, daß, wenn eine böſliche Abſicht des Schenkers, oder liebloſe Geſinnung deſſelben wirklich bei ſeiner Handlung nicht zu Grunde liegt, oder nach den Umſtänden, unter welchen die Schenkung geſchah, nicht angenommen werden darf, die bloße Pflichttheilsverletzung zur Begründung der Reſciſſionsklage nicht genügt. Lieblos dagegen handelt derjenige allemal, welcher ſein ganzes Vermögen, oder den größten Theil deſſelben ohne zureichende Gründe weg-

von mir in den Context aufgenommene Conjectur (ad exemplum inoff. querelae esse occursum) empfiehlt ſich durch die große Leichtigkeit, und bringt einen ſehr guten grammatiſchen und ſachlichen Zuſammenhang in die Stellen. v. Buchholtz will geleſen wiſſen: ad exempl. inoff. querelam esse concessam. Indeſſen geſtehe ich nicht zu begreifen, wie man ſagen könne: hujus modi commentis querelam esse concessam, da ja hier von einem Rechtsmittel gegen die commenta die Rede iſt.

80) Sehr richtig paraphraſirt v. Buchholtz die Worte *hujusmodi commentis* auf folgende Art: i. e. donationibus enormibus inter vivos factis ad eludendam inofficiosi test. querelam, mit Verweiſung auf die von Brissonius angeführten und auf andere Stellen, worin der Ausdruck commentum von betrügeriſchen Handlungen gebraucht wird.

ſchenkt, und dadurch ſeine Notherben, welche die Ausſchließung nicht verdient haben, um ihre gemachten Hoffnungen bringt. Ja es iſt hier ſogar ſchwer, ein anderes Motiv für eine ſolche Handlungsweiſe aufzufinden, als die Abſicht, die geſetzlichen Vorſchriften über das Notherbenrecht zu umgehen; nur der Beweis einer Abſichtlichkeit wird unter dieſen Umſtänden für überflüſſig erachtet. Daß nun in der That den Kaiſern ſolche Fälle vorlagen, worauf dieſe Merkmale paſſen, — daß hier den Schenkern mehr vorgeworfen werden konnte, als durch die von ihnen gemachten Schenkungen den Pflichttheilsbetrag der Notherben geſchmälert zu haben, geht aus den hervorgehobenen Aeuſſerungen der angeführten Reſcripte ſehr deutlich hervor. Wenn Jemand durch ungemeſſene, bodenloſe und ausſchweifende Freigebigkeit ſein Vermögen wegſchenkt, ſo ſollen ſeine Notherben den ihnen geſetzlich gebührenden Theil von dem Beſchenkten zurückfordern dürfen. Die durchgängige Uebereinſtimmung ſelbſt in den Ausdrücken ſchließt auch hier wieder die Idee einer zufälligen Aehnlichkeit der Fälle aus. Wenn daher auch ein oder das andere Mal ohne alle Bezeichnung der Art und Umſtände der Schenkung die Reſciſſionsklage für zuläſſig erklärt wird, ſo darf wohl eher angenommen werden, daß hiebei die ſonſt bekannten Bedingungen vorausgeſetzt werden (was ja in Reſcripten ſo häufig geſchieht), als man deshalb berechtigt wird, die in allen übrigen Conſtitutionen ſich durchgängig findenden und in Form von Bedingungen ausgedrückten Beſtimmungen über Abſicht des Schenkers oder Beſchaffenheit der Schenkung für überflüſſig und zufällig zu erklären. Im Grunde iſt es aber nur eine einzige Stelle, auf welche die Gegner ſich hier allenfalls berufen können; die L. 6. Cod. *h. t.* (ebenfalls von den

Kaiſern Diocletian und Maximinian) „Quum donationibus in fratrem tuum collatis facultates patris tui exhaustas esse, eundemque patrem vestrum ea, quae superfuerunt, codicillis inter vos divisisse proponas, si voluntatem ejus non agnovisti, nec beneficio aetatis adversus haec juvari poteris, nec tantum dos a patre data et fideicommissum contineat, quantum ad summovendam querelam sufficiat: de enormitate donationum ad exemplum inofficiosi testamenti Praeses provinciae jurisdictionis suae partes exhibebit.“ — Es iſt nicht unwahrſcheinlich, daß auch dies Reſcript, wie die oben erwähnte L. 7. C. *h. t.*, einen Eingang hatte, wodurch die Natur und Beſchaffenheit der Schenkung näher bezeichnet wurde, den aber die Compilatoren wegließen. Eine Vergleichung mit den uns vollſtändiger erhaltenen Conſtitutionen zeigt, daß dies nicht ſelten geſchah [81]; man hielt es für genügend, den eigentlichen Kern der Entſcheidung, oder was man dafür anſah, hervorzuheben. Dies veranlaßte denn gewöhnlich auch noch andere kleine Aenderungen und Weglaſſungen. So möchte denn auch unſere Stelle urſprünglich etwa ſo

81) Juſtinian hatte dies ja ſogar ſeinen Compilatoren gewiſſermaßen zur Pflicht gemacht; Const. de novo Cod. fac. §. 2. — „resecatis — supervacuis — praefationibus“ — Daß ſie es mit der Prüfung, ob die Vorreden etwas Ueberflüſſiges enthielten, oder nicht, eben nicht immer genau nahmen, erklärt ſich leicht, wenn man erwägt, daß die Eingänge der Conſtitutionen in der That ſo oft durchaus nichtsſagend ſind. — Vgl. auch *J.* Gothofredi Prolegom. Cod. Theod. cap. IV. *Jo. Sam.* Brunquelli Diss. de Codice Theodos. (in opusculis Nr. II.) Cap. IV. §. 7. 8. *Car. Fr.* Walchii ad Eckhardi hermen. jur. Lib. I. §. 219.

lauten: Adverſus donationes enormes, quae ſubvertendae inofficioſi querelae cauſa (oder quae in filiorum perniciem) factae fuerint, aequitatis auxilium juxta formam de inofficioſo teſtamento impertiri, ſaepe reſcriptum eſt. Quum igitur donationibus in fratrem tuum ita collatis, facultates patris tui exhauſtas eſſe proponas u. ſ. w. — Indeſſen mag dies immerhin auf ſich beruhen bleiben. Entſcheidender dagegen iſt folgende Bemerkung. In den Reſcripten werden, wie ſich dies auch von ſelbſt verſteht, die eigentlich ſtreitigen Punkte beſonders hervorgehoben, dasjenige aber, worüber gerade nicht geſtritten wird, oder was auf bereits bekannten Rechtsgrundſätzen beruht, pflegt entweder ganz übergangen, oder doch nur kurz berührt zu werden. Hier nun ſcheint die eigentliche Frage ſich auf die Gründe des Wegfallens der an ſich zuläſſigen Querel bezogen zu haben; denn daß der Kaiſer ohne beſondere Veranlaſſung dergleichen Gründe (als: Anerkennung des väterlichen Willens, anderweit mögliche Rechtshilfe, Entſchädigung durch dos oder Fideicommiß) — erwähnt haben ſollte, läßt ſich ſchwerlich annehmen.

Andere Conſtitutionen, die ebenfalls über Art und Beſchaffenheit der Schenkung ſich nicht äuſſern, gehören hieher gar nicht. So die oben (S. 57 fg.) erklärte L. 5. C. *h. t.*, welche ja überall nicht einmal die Reſciſſionsklage der Notherben, ſondern die Revocationsklage des Schenkers zum Gegenſtande hat. Ferner die L. 9. C. *h. t.*, welche eigentlich nur den Gedanken (vermuthlich in Beziehung auf die am Schluſſe erwähnten Gründe des Wegfallens) ausdrückt, daß die Reſciſſionsklage als Analogon der inofficioſi teſtamenti querela betrachtet werden könne.

Noch führt man gegen die hier vertheidigte Meinung an, daß ja auch ein postumus die Reſciſſionsklage habe; unmöglich aber laſſe ſich annehmen, daß es Wille des Schenkers geweſen ſey, einem noch nicht exiſtirenden Weſen den Pflichttheil zu entziehen [82]. Man könnte zuvörderſt hiergegen erinnern, daß die L. 5. C. *h. t.*, worauf man die Reſciſſionsklage der Poſtumen ſtützt, von der Klage des verletzten Notherben überall nicht ſpricht. Doch will ich gerne zugeben, daß auch den Poſtumis dieſe Klage zu geſtatten ſey; nur iſt nicht abzuſehen, warum nicht auch hier die eben entwickelten Bedingungen der Reſciſſionsklage zutreffen könnten. Es iſt ja nicht gerade nöthig, daß böslich Entziehung des Pflichttheils und liebloſe Geſinnung zunächſt in einer Abneigung wider den Notherben, — ſie können ja auch in einer beſonderen Vorliebe für den, welchen man ſein Vermögen zuzuwenden ſucht, ihren Grund haben. Die Liebe zu einem noch nicht exiſtirenden Weſen pflegt in der Regel nicht groß zu ſeyn. Nur Pflichtgefühl wird den Vater beſtimmen, dem Poſtumus eine beſondere Aufmerkſamkeit und Sorgfalt zu widmen. Wo dieſes fehlt, da kann gerade die unerwartete Ausſicht auf einen postumus die Veranlaſſung werden, ſein Vermögen einem bereits vorhandenen Kinde, oder einem Dritten zuzuwenden. Und lieblos handelt ja derjenige ſchon, welcher ohne verſtändige Motive ſein Vermögen an Andere verſchenkt, da er Gründe hat, noch eine Nachkommenſchaft zu erwarten.

Endlich nimmt man hier noch ſeine Zuflucht zur Praxis; dieſe ſoll nämlich auf die Abſicht des Schenkers keine Rückſicht nehmen [83]. Glück beruft ſich dafür auf

82) Glück a. a. O. Franke a. a. O. S. 506 a. E. u. fg.

83) Bd. VII. dieſes Commentars S. 167.

Struv[84]) und auf Pufendorf[85]). Beide ſtützen ſich aber weder auf Präjudizien, noch bezeugen ſie auf irgend eine Weiſe, daß die Praxis ſich für dieſe Meinung erklärt habe. Erſterer bemerkt blos, die Reſciſſionsklage finde ſtatt, „sive re et consilio, sive re tantum inofficiosa fuerit donatio“; letzterer ſagt, nach ſeiner Meinung ſey es einerlei, ob abſichtliche Entziehung des Pflichttheils bei der Schenkung zu Grunde liege, oder nicht; („nihil referre *puto*, animo fraudandi donatum sit, nec ne“). Beides ſind alſo bloße Doctrinalmeinungen, denen man, ohne gerade lange darnach zu ſuchen, andere entgegenſetzen kann, die ebenfalls von Männern herrühren, welche, ihrer Erfahrungen und der Tendenz ihrer Schriften wegen, in dem Rufe bewährter Praktiker ſtehen, wie z. B. J. H. Böhmer[86]), Joh. Ludw. Schmidt[87]), Ernſt Chriſt. Weſtphal[88]).

Man iſt alſo nach allem Bisherigen wohl berechtiget, folgendes Reſultat anzunehmen: Das römiſche Recht erfordert zur Begründung der querela inoff. donationis

84) *G. A.* Struvii Synt. jur. civil. Exercit. XL. th. 14.

85) Pufendorf observat. jur. univ. T. II. obs. 178. §. 5.

86) *J. H.* Boehmer Doctr. de actionib. Sect. II. cap. III. §. 42. Dieſer unterſtützt ſeine Anſicht noch durch folgenden Grund (ebendaſ. not. t): „Ipsa denominatio *inofficiosi* hoc indigitat; neque enim inofficiosum dici potest, nisi quod contra officium pessime et mala intentione factum est, contra officium autem f cisse dici nequit, qui bona fide de rebus suis — disponit“.

87) In dem practiſchen Lehrb. von gerichtlichen Klagen und Einreden. §. 554.

88) Rechtsgutachten und Erkenntniſſe des bürgerlichen Rechts Bd. I. S. 170. §. 9.

regelmäßig den Beweis, daß die Schenkung in der Abſicht geſchehen ſey, den Notherben ihren Pflichttheil zu entziehen oder zu ſchmälern. Iſt dieſer Beweis geführt, ſo kommt es nunmehro lediglich darauf an, daß das Pflichttheilrecht auch wirklich verletzt ſey. Ob die Schenkung an und für ſich bedeutend iſt, oder nicht (wie z. B. in dem Falle, wenn der Schenker überhaupt nur ein ganz geringes Vermögen beſitzt), iſt hier gleichgiltig. Der Beweis des dolus iſt aber völlig unnöthig, wenn die Schenkungshandlung jedenfalls von liebloſer Geſinnung des Schenkers gegen ſeinen Notherben zeugt. Auch in dieſem Falle kann natürlich die Klage nicht anders angeſtellt werden, als wenn durch eine Schenkung der Pflichttheil verletzt iſt. Doch enthält dies allein noch nicht den Beweis der Liebloſigkeit, ſondern es ſind dabei die beſondern Umſtände der Schenkung in Erwägung zu ziehen, und dabei kann denn auch die abſolute Größe der verſchenkten Summen nicht unberückſichtiget bleiben. Wer eine unbedeutende Kleinigkeit verſchenkt, von dem kann man noch nicht ſagen, daß er dadurch lieblos gegen die Seinigen handle, geſetzt auch, er habe überall nicht mehr im Vermögen gehabt. Wenn dagegen Jemand, welcher ein für ihn und ſeine Verhältniſſe nicht unbeträchtliches Vermögen beſitzt, daſſelbe ganz oder größtentheils und mit Vorbeigehung ſeiner Notherben wegſchenkt, ſo kann dies gewiß nur durch außerordentliche Gründe gerechtfertigt werden. Vermag der Beſchenkte dieſe nicht nachzuweiſen, ſo ſpricht ſich der liebloſe Sinn des Schenkers hinreichend durch ſeine Handlungsweiſe aus, die Reſciſſionsklage muß mithin für wohlbegründet gehalten werden [89].

89) Kritz a. a. O. S. 134.

Mancher wird vielleicht glauben, daß dadurch dem richterlichen Ermeſſen ein freierer Spielranm eröffnet ſey, als ſich mit der Beſtimmtheit und Sicherheit der Rechtspflege vertrage. Allein das freie richterliche Ermeſſen (arbitrium, nicht Richterwillkühr) verſtändiger, wohlunterrichteter und erfahrener Männer iſt bei der Rechtspflege überhaupt nicht zu entbehren, da die mannigfaltigen Rechtsverhältniſſe und Verwickelungen, wie ſie das Leben erzeugt, ſich nun einmal nicht, wie mathematiſche Probleme, nach unveränderlichen Regeln auflöſen laſſen. Auch iſt dies von den Römern ſo hoch geachtete arbitrium für die Sicherheit des Rechts weit zuträglicher, als wenn allenthalben der Buchſtabe des Geſetzes walten ſoll [90]. Es läßt ſich dies nicht erzwingen, wo es aber dennoch erzwungen werden ſoll, da wird ſich entweder ein Zwieſpalt zwiſchen Theorie und Praxis offenbaren, oder das Geſetz als etwas von außen Aufgedrungenes erſcheinen, wobei weder der Richter ſich ſeiner Würde, noch der Einzelne ſich ſeines Rechts ordentlich bewußt werden kann. — Indeſſen hat das, in den neueren Geſetzgebungen vorherrſchende, an ſich gewiß ſehr lobenswerthe Beſtreben, Richterwillkühr nach Möglichkeit abzuſchneiden und die Privatrechte ſicher zu ſtellen, gewöhn-

90) „Summum jus, summa injuria" heißt es bei Cicero de offic. Lib. I. c. 10. Und gerade in Beziehung auf einen Gegenſtand, wobei vor Allem die Frage entſteht, ob Jemandem etwas zur Schuld zuzurechnen ſey, ſagte der Juriſt *Celsus*: „esse hanc quaestionem ex aequo et bono, *in quo genere plerumque sub auctoritate juris scientiae perniciose erratur*". (L. 91. §. 3. D. *de V. O.* XLV. 1.) d. h. nur zu oft verbirgt ſich da, wo der Verſtand des Richters thätig ſeyn ſoll, Dünkel und Unverſtand hinter dem Buchſtaben der Geſetze und verkehrt ſo Recht in Unrecht.

lich ein Anſchließen an die Idee zur Folge gehabt, wonach die Reſciſſion liebloſer Schenkungen nicht blos als ein Mittel erſcheint, den bedingten Anſpruch der Notherben auf einen Theil des Nachlaſſes gegen Willkühr und Liebloſigkeit in Schutz zu nehmen, ſondern als Ausfluß eines Rechts derſelben an dem Vermögen des Lebenden[91]), weshalb denn auch auf die Abſicht des Schenkers nichts ankommen ſoll[92]). So in dem Preußi-

91) In dieſem Sinne ſagte (der nachmalige Juſtizminiſter von) Kircheiſen in ſeinem Monitum zu Kleins ſog. Materialien (Entwurf des Pr Landrechts): „Durch eine jede Schenkung wird das Pflichttheil geſchmälert, weil es *pars quota* iſt"! S. A. H. Simon und H. L. v. Strampff Zeitſchrift für wiſſenſchaftliche Bearbeitung des preußiſchen Rechts. Erſten Bandes erſtes Heft. (Berl. und Stettin 1828.) S. 78.

92) Kircheiſen notirt hierüber zu Kleins Materialien unter andern Folgendes: „Die Diſtinction des gemeinen Rechts, ob die Schenkung animo defraudandi geſchehen, oder nicht, iſt um ſo mehr eine Grille, da dieſer animus in tauſend Fällen gegen einen, nicht zu erweiſen iſt." (S. die angeführte Zeitſchrift von Simon und v. Strampff S. 79.) — Freilich, wenn man es dahin bringen könnte, den Richter alles Selbſtdenkens zu überheben, ſo würde man ſich über dergleichen Grillen des gemeinen Rechts nicht mehr ärgern dürfen. Da indeſſen auch die allerernſtlichſten Verſuche, den Richter zu einer bloſen Maſchiene zu machen bisher noch geſcheitert ſind, ſo wird man ſich wohl nach wie vor ſolche Rechtsbegriffe und Beſtimmungen gefallen laſſen müſſen, welche darauf berechnet ſind, daß der Richter durch umſichtige Erwägung aller Umſtände eines concreten Falles die Wahrheit zu erforſchen ſuche. Und findet er auch oft nur Wahrſcheinlichkeit, ſo iſt dies doch allemal beſſer, als daß einer äuſſeren Rechtsſicherheit zu Liebe Recht und Wahrheit geopfert werden.

ſchen Landrechte [93]), in dem Code Napoleon [94]), in dem Oeſterreichiſchen Geſetzbuche [95]).

IV. Die ſo äuſſerſt controverſe Rechtsfrage: ob der Notherbe die Schenkung lediglich in ſoweit reſcindirt, als er dadurch im Pflichttheile verletzt iſt, oder aber nach Verhältniß ſeines Inteſtaterbtheils? iſt ſchon von Glück ſo ausführlich erörtert [96]), daß hier in der Hauptſache nur noch einige Rückſicht auf die Anſichten und Gründe neuerer Schriftſteller, ſo wie auf die neu entdeckten Rechtsquellen zu nehmen iſt.

Glück vertheidigt die Meinung, welche auch ich für die richtige halte: daß die Reſciſſion nur bis auf den Betrag des Pflichttheils geſchehen könne, und auf die Definitionen, wovon Manche die Beantwortung der Frage abhängen laſſen, (ob die Schenkung an einen Fremden, oder an einen Notherben geſchehen ſey, — ob dabei böſe Abſicht gegen den Notherben zu Grunde liege, oder nicht, —

93) Allgem. Landrecht für die preuß. Staaten Th. I. Tit. XI. §. 1113.

94) Code Napoléon Art. 921—930. (Die bedeutenden Eigenthümlichkeiten der Beſtimmungen des Code Napoleon in Anſehung liebloſer Schenkungen kommen hier nicht in Betracht.)

95) Allgemeines bügerliches Geſetzbuch für die geſammten deutſchen Erbländer der Öſterreichiſchen Monarchie §. 951.

96) S. Bd. VII. des Commentars §. 550. S. 158—173. — Freilich ſind dabei auch ſolche Fragen berührt, die zu dieſer Controverſe gar nicht gehören, (ſo: ob auf die Abſicht des Schenkers etwas ankomme, und ob der Schenker ſelbſt revociren dürfe?); auch iſt hiermit noch eine frühere Stelle Bd. VII. §. 547. S. 96—99. Nr. 3.) zu verbinden, wo Glück das eigentlich erſt hieher gehörige Recht der Nov. 92. erörtert.

ob dem Notherben etwas, oder gar nichts gelaſſen ſey [97]), —) ſchlechterdings nichts ankommen könne. Eine gleiche Anſicht haben auch Kritz und Franke [98]). Anderer Meinung dagegen ſind Zimmern [99]) und Hille [100]). Der erſtere unterſcheidet zwiſchen dem Recht vor Juſtinian und dem Juſtinianeiſchen Recht. Nach dem erſteren ſoll der Verletzte vom beſchenkten Fremden Alles, von beſchenkten Notherben ſo viel zurück fordern können, als ſeine Inteſtatportion beträgt; auch in dieſem Falle alſo keineswegs nur ſo wenig, als ſein Pflichttheil betragen haben würde [1]). Nach dem Rechte der Novellen (wobei denn, wie ſich von ſelbſt verſteht, beſonders auf Nov. 92. Rückſicht genommen iſt), unterſcheidet Zimmern zwiſchen Kindern und andern Notherben. Für die letztern ſey das alte Recht ungeändert geblieben. Kinder eines Erblaſſers dagegen, welcher durch Schenkung ſein ganzes Vermögen erſchöpft habe, und denen auch nichts zur Todeszeit übrig geblieben, könnten „mit den übrigen

97) Alle Diſtinctionen der Neueren finden ſich ſchon in der Gloſſe angedeutet. S. Azonis Summa in Codicem und Glossa ad L. 1. C. *h. t.*

98) Kritz angeführte Abhandl. §. 5 — 7. (S. 111 — 125.) Franke Notherbenrecht §. 44. S. 521 — 533. Von Lehrbüchern ſind beiſtimmend Günther principia juris. Rom. T. II. §. 1051. I. 1. v. Wening-Ingenheim Lehrb. des gemeinen Civilrechts Buch V. §. 154. a. E. Meine Doctrina Pandectar. Vol. III. §. 774. I. 4. Warnkoenig comment. jur civil. T. III. §. 1113.

99) Zimmern's angef. Abhandlung über inofficiosa donatio verbreitet ſich der Hauptſache nach nur über dieſe Frage.

100) Hille Diss. cit. c. VI — VII. p. 41 sqq. —

1) Zimmern a. a. O. S. 68.

Inteſtaterben" den beſchenkten Fremden Alles, denjenigen, welche ſelbſt mit ihnen ab intestato erben müßten, ſo viel, als ihre Inteſtatportion beträgt, wieder abfordern. Die Kinder aber, denen beim Tode des Erblaſſers etwas, doch nicht genug nach der Berechnung der Nov. 92. geblieben ſey, hätten nur mit Einrechnung des Erhaltenen eine eigenthümliche Klage auf Ergänzung des Pflichttheils, ſo wie das Recht der Novellen dieſen normirt [2]). Hille hält, wenigſtens nach dem vorjuſtinianiſchen Rechte, die vollſtändige Revocation der Schenkung für zuläſſig, ohne es dabei überhaupt auf Diſtinctionen ankommen zu laſſen. Schweppe aber nimmt wieder an, die Klage gehe zwar bei der Begünſtigung eines von mehreren Kindern durch Schenkung der Eltern blos auf Ergänzung des Pflichttheils, ſonſt aber auf Reſciſſion der ganzen Schenkung [3]); wogegen Mackeldey die Meinung erneuert, welche, wenn das ganze Vermögen verſchenkt iſt, eine Klage auf Reſciſſon der ganzen Schenkung eintreten läßt, ſonſt aber nur auf Ergänzung des Pflichttheils [4]).

Folgende Bemerkungen werden hoffentlich zur Befeſtigung der früher in dieſem Commentar vorgetragenen Anſicht dienen.

1) Es iſt ſo wenig im Allgemeinen ein Grund vorhanden, zu unterſcheiden, ob einem Fremden oder einem Notherben geſchenkt iſt, als ſich dieſer Unterſchied aus den Quellen rechtfertigen läßt. An ſich kann man einem Fremden eben ſowohl als einem nahen Verwandten ſein Vermögen zuwenden, ſoferne dadurch nur kein Pflicht-

2) Zimmern a. a. O. S. 78 fg.

3) Römiſches Privatrecht. §. 974.

4) Lehrbuch des heut. Röm. Rechts. §. 427. Nr. A.

theilsrecht verletzt wird; mithin iſt nicht einzuſehen, warum, wenn dies geſchehen iſt, der beeinträchtigte Notherbe in dem erſten Falle mehr als in dem zweiten ſollte fordern dürfen [5]). Ganz allgemein heißt es auch in einer Hauptſtelle für unſere Lehre [6]): dem Notherben, welcher die Legitima nicht habe, werde die Reſciſſionsklage gegen den Beſchenkten gegeben, „sive in quosdam liberos, sive in extraneos exhausit“ (*sc.* donator facultates suas). Hier wäre gewiß eine ſehr nahe liegende Veranlaſſung geweſen, einer ſo wichtigen Verſchiedenheit zu gedenken, wenn dieſe je ſtatt gefunden hätte; ſtatt deſſen aber deuten die Schlußworte der Stelle („non injuria *juxta formam de inofficioso testamento constitutam subveniri vobis*, *utpote quartam partem non habentibus*, desideratis“) darauf hin, daß den verletzten Notherben ſtets auf die nämliche Weiſe geholfen werde. — Vollends aber iſt es begriffsverwirrend, wenn man z. B. mit Zimmern, an jene Definition den Unterſchied knüpft, daß die Reſciſſion gegen Fremde auf das Ganze, gegen Miterben nur auf den Inteſtaterbtheil gehe! Auch mit der querela inofficiosi testamenti fordert der Querulant ja nur ſein Inteſtaterbtheil [7]). Ausnahmen hiervon giebt es allerdings; doch kommen dieſe hier überall nicht in Betracht, da es entſchieden iſt, daß in der Regel die Inofficioſitätsquerel auch gegen Extraneos nur auf den Inteſtaterbtheil des Klägers gerichtet werden darf. Wenn daher auch eine Gleichheit der Wirkung beider Klagen zugegeben werdenkönnte, ſo würde die Möglichkeit, mit

5) Franke a. a. O. S. 533.

6) L. 1. C. *h. t.*

7) S. Bd. XXXV. des Commentars §. 1421. e. S. 392—437.

unſerer Reſciſſionsklage von dem Fremden das Ganze zu fordern, doch immer von dem zufälligen Umſtande abhängen, daß der Kläger etwa der alleinige Erbe, oder das Recht der übrigen Notherben auf ihn übergegangen iſt. Daß nun der beeinträchtigte Erbe von dem beſchenkten Miterben nie das Ganze fordern darf, weil dieſer ja ſelbſt ein Recht an dem Nachlaſſe hat, kann natürlich jenen Unterſchied nicht rechtfertigen, indem es ſich damit genau ſo verhält, als wenn ein mit mehreren anderen concurrirender Notherbe gegen einen Fremden klagt, wo er ja ebenfalls, auch unter vorausgeſetzter Richtigkeit der hier beſtrittenen Meinung, nur ſeinen Antheil fordern darf.

2) Daß die Klage auf mehr als den Pflichttheil oder deſſen Ergänzung gehe, ſtützt man zunächſt auf die in den Rechtsquellen ſelbſt ausgeſprochene Analagie zwiſchen dieſer Klage und der Inofficioſitätsquerel, und zwar hauptſächlich auf die L. ult. C. *h. t.* Hier laſſen die Compilatoren den Kaiſer Conſtantius ſagen: „Non convenit dubitari, quod immodicarum donationum omnibus querela ad similitudinem inofficiosi testamenti legibus fuerit introducta." — Dieſe Stelle könnte nur etwas beweiſen, wenn man mit A. Faber[8]) *in* omnibus leſen dürfte; denn eigentlich läßt ſich mit dem Worte omnibus hier gar nichts anfangen[9]). Jene Conjectur nun würde an ſich betrachtet nicht zu verwerfen ſeyn,

8) Conject. jur civ. Lib. III. c. 17.

9) Zimmern will das Omnibus auf legibus bezogen wiſſen (a. a. O. S. 64. Not. 15.) Dadurch käme aber eine höchſt unglückliche Conſtruction zum Vorſchein, ohne daß der von ihm vertheidigten Anſicht im geringſten geholfen wäre. Eher könnte man es für den Dativ des Subjects halten: für Alle; doch mag dies gerne auf ſich beruhen bleiben.

da das Wörtchen *in* bei der groſsen Aehnlichkeit der Schriftzeichen mit der letzten Silbe des voraufgehenden Wortes (donationum) in den Handſchriften ſo leicht überſehen werden konnte. Indeſſen ſtehen ihr nicht blos die Zeugniſſe über die dennoch zwiſchen beiden Klagen ſich findenden Verſchiedenheiten entgegen, ſondern hauptſächlich ſtreitet dawider der Umſtand, daſs es in dem Theodoſianiſchen Coder, woher dieſe Stelle entlehnt iſt[10]), heiſst: *omnis* querela. Wahrſcheinlich iſt alſo der letzte Buchſtabe dieſes Worts für eine ſehr bekannte (ſich auch in alten Drucken noch häufig findende) Abkürzung der Silbe *bus* gehalten, und ſo die falſche Lesart omnibus entſtanden. Hiernach ſagt denn unſere Stelle im Grunde nichts mehr, als was auch in anderen Stellen ſteht, daſs nämlich die Reſciſſion liebloſer Schenkungen nach der Analogie der Inofficioſitätsquerel eingeführt, und ihr alſo auch ähnlich ſey[11]), was am Schluſſe noch beſtimmter hervorgehoben wird, indem einige der Teſtamentsquerel eigenthümliche Gründe des Wegfallens auch hier für anwendbar erklärt werden; („et sit *in hoc* actionis utriusque vel una causa, vel similis aestimanda, vel idem temporibus et moribus"[12]). Aehnlichkeit der Fälle, und darauf

10) L. un. Theod. Cod. *h. t.*

11) Die Baſiliken ſprechen auch blos von einer Aehnlichkeit beider Klagen, mit Vermeidung jeden zweideutigen Ausdrucks. (Lib. XLI. Tit. IV. Fr. 9. Tom. V. p. 481). Beſonders deutlich über den eigentlich gemeinten Sinn iſt das Scholion des Theodorus zu dieſer Stelle. (S. die folg. Note.)

12) Die Faſſung dieſer Schluſsworte deutet wohl ziemlich beſtimmt darauf hin, daſs die kaiſerliche Verordnung gerade durch Zweifel darüber veranlaſst wurde, ob die Reſciſſionsklage durch fünfjährige Verjährung und durch das Daſeyn einer Enter-

geſtützte Analogie ſetzt aber noch nicht allemal eine völlige Gleichheit der juriſtiſchen Wirkungen voraus [13]), und daß dieſe hier in der That nicht ſtatt findet, und nicht ſtatt finden kann, wurde oben (S. 71. Nr. II. 1.) ſchon nachgewieſen. So läßt ſich denn auch gerade die Verſchiedenheit, worauf es hier ankommt, aus den Quellen darthun. Zwar ſind manche Aeuſſerungen, worauf die Anhänger der hier vertheidigten Meinung ſich berufen (z. B. in L. 1., L. 6. und L. 7. C. *h. t.*), nicht eben mit Nothwendigkeit auch von der Wirkung der Klage zu verſtehen; ſie können allenfalls blos auf den Grund derſelben be-

bungsurſache (moribus) ausgeſchloſſen werden könne. — Sehr beſtimmt äußert ſich hierüber Theodorus in dem Scholion zu dieſer Stelle (p. 489. Schol. o.) Dieſer ſagt nämlich: „Die Conſtitution beſtimme, daß die querela de inofficiosis donationibus nach der Analogie der inoff. test. querela eingeführt ſey, weil auch ſie innerhalb 5 Jahren ausgeübt werden müſſe. Jedoch müſſe man wiſſen, daß wenn gleich die erſtere Klage in manchem Betrachte als Nachahmung der Inofficioſitätsquerel angeſehen werden könne, ſie ſich doch auch wieder von ihr unterſcheide" u. ſ. w. Unbegreiflich iſt es daher, wie ſich Hille (diss. cit. p. 48. Nr. 6.) zur Unterſtützung ſeiner Meinung gerade auf dies Scholion berufen konnte! Der Scholiaſt habe nämlich von einer Verſchiedenheit beider Klagen in Anſehung ihrer Wirkung nichts geſagt. Daraus ſoll folgen, daß eine ſolche Verſchiedenheit überall nicht exiſtire; da er doch im Gegentheil ausdrücklich bemerkt, daß beide Klagen einander nicht durchgängig ähnlich ſeyen!

13) Kritz a. a. O. S. 113. Wenn ein Recht mittelſt einer utilis actio ausgedehnt wurde, ſo heißt dies ja immer nur: ſoweit der Zweck der Ausdehnung und die beſondere Beſchaffenheit des Gegenſtandes eine Gleichſtellung zulaſſen. S. z. B. §. 4. J. *de act.* und vgl. meine Ceſſion der Forderungsrechte. §. 15.

zogen werden, alſo auf die Befugniß zu klagen, weil dem Kläger der ihm gebührende Pflichttheil nicht hinterlaſſen worden iſt. Indeſſen in anderen Stellen wird die Richtigkeit unſerer Meinung ſehr deutlich anerkannt. So in der L. 2. Cod. *h. t.*[14]): wenn der Vater, welcher z. B. zwei Söhne hat, einem in der Gewalt befindlichen Sohne ſein ganzes Vermögen ſchenkt, ſo convaleſcirt dieſe Schenkung zwar durch den Tod des Schenkers, allein der Theilungsrichter ſoll dem durch dieſe Schenkung beeinträchtigten Sohn den vierten Theil ſeines Inteſtaterbtheils zuſprechen. Was dagegen Hille[15]) erinnert, daß dergleichen Schenkungen, weil ſie beim Leben des Vaters noch nicht giltig ſeyen, als mortis causa donationes behandelt worden wären[16]), und daß hierbei ein Abzug der Quarta Falcidia, wie bei eigentlichen Vermächtniſſen ſtatt gefunden habe, iſt an ſich wahr. Daß aber die Compilatoren hier hauptſächlich das Quantum vor Augen hatten, welches der Notherbe mit der Reſciſſionsklage fordern dürfe, beweiſt theils die Aufnahme der Stelle in den Titel de inofficiosis donationibus, theils die gewiß ſehr gefliſſentliche, vielleicht auf einer Interpolation beruhende[17]) Wahl des Ausdrucks: „arbitri

14) S. hierüber Glück a. a. O. S. 161 — 166.

15) i. l. p. 51 squ.

16) Vat. Fr. §. 274.

17) So heißt es in einer, durch die Vaticaniſchen Fragmente (§. 281.) auf uns gekommenen Conſtitution des Kaiſers Diocletian von einem ähnlichen Fall: „liberalitatem ejus (patris) *salva lege Falcidia probari.* Proinde, si pater, qui per epistolam res tibi dono dedit, non revocata liberalitate nec mutata voluntate, fatalem diem intestato obiit, inlibata donatio permanet, nisi tamen

familiae erciscundae officio congruit“, heißt es hier, ut tibi *quartam partem debitae ab intestato portionis* praestet incolumem.“ So wird nie die Falcidiſche Quart benannt, wohl aber iſt es die gewöhnliche Benennung des Pflichttheils, ehe Juſtinian dieſen erhöhet hatte [18]. Beſtätigt wird endlich unſere Interpretation wieder durch die Autorität der Baſiliken, worin der arbiter angewieſen wird, dem beeinträchtigten Notherben den dritten Theil der ihm gebührenden Inteſtaterbportion

legis Falcidiae ratio comminui eam exegerit. Quodsi locum habet, eatenus ex donatione fratris tui deducent, quatenus id fieri et indemnitas, et *juris ratio in obtinendis portionibus*, *quas eos habere necesse est*, exigunt. Juxta hanc juris formam Praeses provinciae, ad vicem familiae heriscundae, officium sententiae suae legibus temperabit.“ — Auch hier deuten übrigens die Worte: in obtinendis partibus, *quas eos habere necesse est*, ſehr beſtimmt auf das Notherbenrecht und die Pflichttheilsquote hin, und rechtfertigen den Schluß, daß mit der Reſciſſionsklage nur der Pflichttheil oder deſſen Ergänzung gefordert werden dürfe. — Nicht unwahrſcheinlich iſt es nun, daß die Compilatoren eine ähnliche Conſtitution vor ſich hatten und ſie ihrem Zwecke gemäß interpolirten, oder wenigſtens mit Weglaſſung deſſen, was auf den Abzug der Falcidia ging, die Worte hervorhoben, welche die Aufnahme der Conſtitution veranlaßt hatten. — Daß aber in der erſten Hälfte der L. 2. C. *h. t.* (nach der Inscr. und Subscr. legis von den Kaiſern Valerian und Gallien aus dem J. 256.) jene Conſtitution enthalten ſey, wie Hille (l. I. p. 50.) annimmt, iſt keinenfalls zu erweiſen, auch nicht einmal wahrſcheinlich, da ja nur der in beiden Stellen ausgedrückte Gedanke weſentlich derſelbe iſt, zwiſchen den Worten ſich kaum mehr als eine Aehnlichkeit findet.

18) §. 3. J. *de inoff. test.* L. 8. §. 8. D. *eod.*

zuzuſprechen [19]), was doch gewiß nicht von der Falcidia, ſondern nur von dem Pflichttheile, ſo wie ihn Juſtinian normirt hat, verſtanden werden kann.

Ferner gehört hieher die L. 5. C. *h. t.*, obgleich ſie nicht von unſerer Querel, ſondern nur von dem Revocationsrecht des Vaters propter supervenientiam liberorum ſpricht. Denn kann der Vater nur den Pflichttheil der nachgebornen Kinder zurückfordern (und dies iſt hier außer allem Zweifel), ſo darf man wenigſtens vermuthen, daß den Kindern ſelbſt ebenfalls kein weiter gehendes Recht zuſtehe, zumal da das Revocationsrecht des Vaters ſich auf die Vorausſetzung gründet, daß er ſein Vermögen ſchwerlich weggeſchenkt haben würde, hätte er noch nachgeborne Kinder erwarten zu dürfen geglaubt. Dieſe Vermuthung aber wird wenigſtens zu einem hohen Grade von Wahrſcheinlichkeit durch die Aufnahme der Stelle in den Titel de inofficiosis donationibus erhoben.

Noch beweiſender ſind hier die Schlußworte der L. 8. pr. Cod. *h. t.*: „Quod donatum est, *pro ratione quartae* ad instar inofficiosi testamenti convicti *diminuetur*". Zwar iſt nicht zu läugnen, daß die Einmiſchung der Worte: ad instar inofficiosi testamenti (wodurch übrigens wieder nur auf den Grund der Einführung des neuen Rechtsmittels hingewieſen wird) einige Undeutlichkeit in den Satz bringt. Klar iſt aber, worauf es hier allein ankommt, für den wie vielten Theil die Reſciſſion eintreten ſoll, nämlich nach Verhältniß der dem Kläger gebührenden Quarte, oder des alten Pflichttheils [20]), und ſo ſind denn die Worte *pro ratione quartae* als

19) Libri Basilic. Lib. XLI. Tit. IV. Fr. 3. T. V. p. 478.

20) Franke a. a. O. S. 526 fg.

eine Modification jener Analogie zu betrachten. Dieſe Worte können nämlich eben ſo wenig auf die Wirkung als auf den Grund der Inofficioſitätsquerel bezogen werden. Jenes nicht, weil die Teſtamentsquerel auf den Inteſtaterbtheil des Klägers geht; dieſes aber iſt aus grammatiſchen Gründen ganz unmöglich, und gewiß im höchſten Grade willkührlich iſt es, wenn Zimmern[21] und nach ihm Hille[22] glauben: „pro ratione quartae ad instar inoff. testamenti heiße: ſo wie die Teſtamentsquerel, ſo werde auch die querela inoff. donationis aus Rückſicht auf die entzogene Quart angeſtellt!

Aller Zweifel aber wird durch die L. un. C. *de inoff. dotibus* beſeitigt, wo es heißt: auch die Klage gegen eine unverhältnißmäßige Dotation werde nach der Analogie der Teſtamentsquerel gegeben und ſey darauf gerichtet, daß „filiis conquerentibus emolumenta debita conferantur.“ Zwar will Zimmern (a. a. O.) auch unter „emolumenta debita“ den Inteſtaterbtheil verſtanden wiſſen. Allein dies iſt ganz entſchieden falſch[23], wie auch ſelbſt von Hille zugegeben wird, welcher übrigens dieſe Abweichung auf folgende Art erklärt: Jede übermäßige oder freiwillige dos involvirt eine Schenkung, es bedarf hier alſo gar keines beſondern Rechtsmittels zur Sicherſtellung des Notherbenrechts. Nur wenn die Frau bei Eingehung der Ehe dem Manne ihr geſammtes Vermögen als dos zubrachte, ſo fehlte es den ſpäter gebornen Kindern an einem Rechtsmittel; ein ſolches gab man

21) a. a. O. S. 74.

22) Diss. cit. p. 56.

23) Franke a. a. O. S. 528.

ihnen nun aus Gründen der Billigkeit, und zwar nach der Analogie der L. 5. C. *de inoff. donat.*, welche dem Vater propter supervenientiam liberorum eine früher gemachte Schenkung, aber nur für den Pflichttheilsbetrag ſeiner Kinder, zu widerrufen geſtattet. Dieſe Erklärung ſoll denn auch durch den Scholiaſten der Baſiliken beſtätigt ſeyn [24]. — Indeſſen auch abgeſehen davon, daß die L. 5. C. *h. t.* ja nicht den Kindern ſelbſt eine Klage giebt, und auch überall nicht einmal von der Liebloſigkeitsklage zu verſtehen iſt, ſo ſtehen dieſer Anſicht doch folgende Gründe entgegen: Als eigentliche Schenkung konnte eine Dotation nur betrachtet werden, wenn ſie nicht nur freiwillig, ſondern auch ſo geſchah, daß dem Geber gar keine Rechte an dem in dotem gegebenen Vermögen verblieben; z. B. wenn die Mutter ohne Rechtsverbindlichkeit ihrer Tochter eine dos conſtituirte, ohne ſich das Rückfallsrecht vorzubehalten. Hier konnte allerdings von Seiten der dadurch beeinträchtigten Notherben der Geberin die querela inofficiosae donationis ſtatt finden. Anders verhielt es ſich in den übrigen Fällen. War eine Verpflichtung zur Dotation vorhanden, ſo mochte hierbei immer das geſetzliche Maaß überſchritten ſeyn, ohne daß ſich dadurch die Natur des Hauptgeſchäfts weſentlich änderte. Eben ſo wenig konnte es als eine Schenkung betrachtet werden, wenn die Frau ſelber ihrem Manne eine dos inferirte, auch ohne dazu verbindlich zu ſeyn [25]; ja ſelbſt in dem Falle nicht, wenn ſie

24) Hille l. l. p. 56 in f. sqq.

25) Bekanntlich wird hierüber geſtritten, ob die Ehefrau zur Dotation verpflichtet ſey. Von den neueſten Schriftſtellern erklären ſich für die verneinende Antwort Glück Bd. XXV. des Commentars §. 1231. S. 105. und Haſſe Güterrecht

auf das Zurückforderungsrecht Verzicht leiſtete, da ihr dennoch während der Ehe manches Recht an der dos verblieb, namentlich die Befugniß, dieſelbe für ihren und ihrer Kinder Unterhalt in Anſpruch zu nehmen. Für dieſe Fälle nun bedurfte es eines neuen Rechtsmittels, welches denn auch durch Ausdehnung des Reſciſſionsrechts liebloſer Schenkungen erfolgte. Dies alles beſtätigte der Scholiaſt zu den Baſiliken, den Hille für ſeine Meinung anführt, ſehr deutlich [26]. Zuerſt bemerkt er, daß die durch übermäßige Dotation verletzten Notherben die querela inofficiosae dotis (τὴν δε ινοφὶκιοσις δοτίβους) anſtellen könnten, (Schol. p.); doch nur dann (heißt es in dem folgenden Scholium q.) ſey dieſe Klage zuläſſig, wenn die Frau für ſich ſelbſt eine dos conſtituire (von einem ſolchen Falle handelt nämlich die Stelle), nicht wenn dies für ihre Tochter (verſteht ſich ohne Rechtsnothwendigkeit) geſchehe. Doch (fügt er am Schluſſe hinzu), wolle man einen Fall haben, wo auch wegen der einem Deſcendenten conſtituirten dos die quer. inoff. dotis zuläſſig ſey, ſo dürfe man nur annehmen, daß ein Vater der in ſeiner Gewalt befindlichen Tochter eine übermäßige dos beſtelle: denn dies könne man keine Schenkung nennen.

3. Indeſſen beruft man ſich auch auf ſolche Stellen,

der Ehegatten §. 102; für die bejahende Friedrich Wilh. von Tigerſtröm das römiſche Dotalrecht. Bd. I. (Berlin 1831.) §. 5. S. 57 fg. — In einem Falle trat eine ſolche Zwangsverbindlichkeit für die Frau gewiß ein: L. un. §. 1. C. *de raptu virginum* (IX. 13.). S. Marezoll in dem von Grolman und Löhr herausgegebenen Magazin für Rechtswiſſenſchaft und Geſetzgebung Bd. IV. S. 370 fgg. (Nr. 4.)

26) Tom. V. p. 489. Schol. p. u. q.

worin das Gegentheil beſtimmt anerkannt ſeyn ſoll. Zuerſt auf die bereits oben (S. 42. fgg.) erklärte L. 87. §. 3. D. *de legat.* II. Daß dieſe Stelle, wie ſie uns vorliegt, allerdings am natürlichſten ſo verſtanden wird, daß der Kaiſer die Reſciſſion der Schenkung für den ganzen Inteſtaterbtheil der verletzten Notherben zugelaſſen, habe ich ſelbſt auszuführen geſucht, zugleich aber auch bemerkt, daß ſich, bei mangelnder Kenntniß der genaueren Umſtände dieſer Schenkung, mit völliger Sicherheit hierüber nichts beſtimmen laſſe [27]). Allein davon ganz abgeſehen, ſo erblicken wir hier ja das Reſciſſionsrecht liebloſer Schenkungen in ſeinem erſten Anfange, und es iſt gar wohl möglich, daß es ſpäter erſt üblich wurde, die Reſciſſion einer Schenkung unter Lebenden auf den Theil zu beſchränken, durch deſſen Hinterlaſſung jeder Notherbe abgefunden werden kann [28]); jedenfalls würde alſo durch die in den Codex aufgenommenen Beſtimmungen über die Wirkung der Querel der Pandektenſtelle derogirt ſeyn.— Aber noch die Kaiſer Diocletian und Maximian ſollen ausdrücklich die Reſciſſion der ganzen Schenkung an-

27) Vgl. auch Franke a. a. O. S. 523 fg., welcher ſehr richtig bemerkt: „daß es eine donatio omnium bonorum war, iſt aber gar nicht geſagt, und erſchöpft kann das Vermögen ſeyn, ohne daß alles weggegeben iſt.“

28) Eine mit dem Rechte der quer. inoff. donat. vorgegangene Aenderung nimmt auch *Joh. Ferd.* de Retes an, (de donationib. cap. VIII. §. 14.; in Meermani thes. T. VI. p. 587 squ.) Doch glaubt er, daß erſt die Kaiſer Diocletian und Maximian die Beſchränkung der Reſciſſion auf die Pflichttheilsquote eingeführt, die ſpätern Kaiſer aber wider das vollſtändigere Reſciſſionsrecht nach der Analogie der Teſtamentsquerel zugelaſſen hatten. Auf dieſe Weiſe laſſen ſich freilich alle und jede Schwierigkeiten leicht beſeitigen!

erkannt haben, nämlich in der L. 4. C. *de contrah. emt.* (IV. 38.), welche ſo lautet: Quum res tibi donatas ab herede donatricis tibi distractas esse proponas, intelligere debueras, duplicari tibi titulum possessionis non potuisse, sed ex donatione et traditione dominum factum te frustra emisse, quum rei propriae emtio non possit consistere. At tunc demum tibi profuit, si ex donatione te non fuisse dominum demonstretur. Sane quoniam omnia bona tibi ab ea donata et tradita dicis, ad hoc et a filio facta venditio rerum maternarum afferre, perfecta etiam donatione poterit defensionem, ne vel exemplo inofficiosi testamenti possit haec avocare.“ Alſo —: wenn der Donator die ihm vom Erblaſſer geſchenkten Sachen dem Notherben auch noch abgekauft hat, ſo kann ihm dies in ſoferne nützlich ſeyn, als er nunmehr gegen die etwanige querela inofficiosae donationis des Verkäufers eine Einrede hat. Weil nun vorher von „omnia bona donata et tradita“ die Rede iſt, ſo ſollen die Schlußworte: „ne vel exemplo inoff. test. possit *haec* avocare“ den Grundſatz ausdrücken: die quer. inoff. donationis reſcindirt die ganze Schenkung [29]. Aber hier war ja nicht die geringſte Veranlaſſung vorhanden, das Quantum der Reſciſſionsklage zu beſtimmen [30], und es darf darum auch auf einen allgemeinen und unbeſtimmten Ausdruck nicht das Gewicht gelegt werden, als wenn der Hauptzweck der Conſtitution geweſen wäre, feſtzuſetzen, was und wie viel der verletzte Notherbe mit der Querel zurückfordern dürfe. Nur

29) Zimmern a. a. O. S. 67. Hille l. l. p. 45 squ. (Nr. 3.)

30) Vgl. Kritz a. a. O. S. 117.

von einer allgemeinen Möglichkeit, die Schenkung als lieblos zu reſcindiren und von der Gewinnung einer Einrede hiergegen iſt mithin in der Conſtitution die Rede, und ſelbſt dies wird eigentlich nur beiläufig angeführt. Die Veranlaſſung des Reſcripts, welche wir jetzt genauer aus den Vaticaniſchen Fragmenten [31]) kennen, iſt folgende. Es fragt der Donatar an, ob die ihm gemachte und durch bloße Tradition vollzogene Schenkung zu Recht beſtehen könne, oder, wenn dies zu verneinen, ob er ſich dann nicht wenigſtens auf den über die geſchenkten Sachen mit dem Erben der Schenkgeberin geſchloſſenen Kauf berufen dürfe? Die Kaiſer antworten in der Art, daß ſie zuerſt die Bedingungen beſtimmen, unter welchen auch die bloße Tradition einer gegen die Lex Cincia gemachten Schenkung genügen könne [32]), und darauf hinzufügen:

31) Vat. Fr. §. 293. In dem Juſtinianiſchen Codex iſt der erſte Theil des Reſcripts ganz weggeblieben und auch der aufgenommene Theil iſt interpolirt (wenn wir anders die Stelle in den Vaticanen für ganz ächt halten dürfen); doch ſind die Abweichungen nicht bedeutend. So konnte die nur zu dem urſprünglichen Zuſammenhange paſſende Wendung: „Quod autem res tibi ab herede donatricis distractas esse proponis“ in dem Juſtinianeiſchen Codex natürlich nicht beibehalten werden, und bei dem folgenden Satze: Sane quoniam omnia bona u. ſ. w. fehlt in den Vatican. Fragm. das *bona*.

32) Wenn nämlich (ſagen ſie) eine res tributoria — d. i. ein Provinzialgrundſtück — verſchenkt iſt, ſo genügt die bloße Tradition zur Eigenthumserwerbung, ſonſt muß aber entweder noch Mancipation, oder Verjährung, oder wenigſtens (nämlich bei rebus nec mancipi) ein Beſitz während der längſten Zeit des letzten Jahres hinzutreten, falls nicht der Beſchenkte zu den personis exceptis gehört. Vgl. Haſſe

eine Verdoppelung des Beſitztitels ſey unſtatthaft. Dieſer könne ſich nicht zugleich auf Schenkung und auf Kauf gründen. Sey die Schenkung zu Recht beſtändig, ſo habe der Anfragende das Eigenthum des geſchenkten Objects erworben, ſeine eignen Sachen könne er aber nicht mehr kaufen. Aller Wahrſcheinlichkeit nach ganz unveranlaßt erwähnen die Kaiſer bei dieſer Gelegenheit eines Falles, wo der Kauf dem Beſchenkten von Nutzen seyn könne, auch wenn er aus der Schenkung Eigenthum erworben habe. „Du führſt übrigens an, ſagen ſie, daß dir Alles geſchenkt und tradirt ſey; dies könnte denn allenfalls eine Veranlaſſung werden, auch die perfecta donatio durch die querela inoff. donationis anzufechten, wogegen du dich dann auf den Kauf berufen darfſt.“ Das: omnia, oder omnia bona donata iſt alſo nur auf den Veranlaſſungsgrund der Querel zu beziehen, und darf ſchon darum nicht mit den Schlußworten der Stelle in eine ſolche Verbindung gebracht werden, als ob die Kaiſer geſagt hätten: ne — — — possit *haec omnia* avocare“ [33]). Hiernach bedarf es denn auch der von Francke angenommenen Vorausſetzung nicht, daß etwa der Erbe mit der Querel gedrohet und darauf einen Kauf über eine dem Pflichttheil angemeſſene Quantität der geſchenkten Sachen abgeſchloſſen, alſo ſich mit dem

von dem Recht der Lex Cincia §. 5 — 28., im Rhein. Muſeum f. Jurisprud. u. ſ. w. 1ſten Jahrg. 3tes Heft. S. 196 fgg.

33) In Handſchriften und alten Ausgaben findet ſich übrigens hier auch noch eine Verſchiedenheit der Lesarten, indem ſtatt *haec* einige *hic*, andere *hoc* leſen. Hic würde dann auf den Erben zu beziehen ſeyn. Doch iſt es nicht nöthig, hierauf ein Gewicht zu legen, da ja auch bei dem *haec* es immer noch unbeſtimmt bleibt, wie viel revocirt wird.

Beſchenkten verglichen habe [34]. Dieſe Vorausſetzung, welche freilich, wenn ſie gegründet wäre, alles ſehr gut erklären würde, darf nach dem ganzen Zuſammenhange der Stelle, zumal wie wir ſie nun aus den Vaticaniſchen Fragmenten kennen, nicht für richtig gehalten werden [35].

4) So kann denn auch ohne alle Rückſicht auf Juſtinians Vorſchriften die Meinung für vollſtändig gerechtfertigt gelten, daß durch die querela inoff. donationis nur der Pflichttheilsbetrag, oder was an demſelben fehlt, gefordert werden dürfe. Die Vertheidiger dieſer Meinung können ſich auf beſtimmte und unzweideutige Aeuſſerungen ſtützen, die Gegner nur auf ſolche, welche für ſich allein nichts entſcheiden, ſondern nur in Verbindung mit andern Gründen zu einem Beweiſe benutzt werden können. Hier muß alſo die Regel zur Anwendung kommen, daß ein an ſich klarer und unzweideutiger Sinn dem vorzuziehen iſt, welcher nur durch Anwendung der Regeln über Interpretation dunkler, unbeſtimmter und zweideutiger Geſetze gewonnen werden kann [36]. Die Vertheidiger der theilweiſen Reſciſſion können alſo auch ganz füglich der Analogie der Faviana und Calvisiana actio entbehren. Indeſſen darf die richtige Bemerkung Francke's [37] nicht mit Stillſchweigen übergangen werden: es ſey allgemeine Regel, daß ein Rechtsgeſchäft, welches theilweiſe beſtehen könne, auch nicht ganz reſcindirt werde (z. B. eine nicht inſinuirte Schenkung über 500 solidi), daß

34) Franke Notherbenrecht S. 530.

35) Auf die Vaticaniſchen Fragmente, die doch auch hier ſo manchen Aufſchluß geben, hat Franke überhaupt bei dieſer ganzen Lehre ſo gut wie gar keine Rückſicht genommen.

36) S. meine Doctrina Pandectar. §. 70.

37) a. a. O. S. 531 fg.

aber bei dem testamentum inofficiosum von ſelbſt eine vollſtändigere Reſciſſion habe eintreten müſſen, weil ein ſolches Teſtament dem Kläger die Erbenqualität nehme und die Querel den Zweck habe, ſich dieſe Qualität zu verſchaffen, wogegen bei der querela inofficiosae donationis gerade umgekehrt vorausgeſetzt werde, daß der Kläger Erbe ſey, alſo kein Grund eintrete, die Klage auf mehr gehen zu laſſen, wie jede andere Reſciſſion einer Schenkung, die das Maaß überſchreitet.

5) Einen entſchiedenen Beweisgrund für die Richtigkeit der Anſicht, welche nur theilweiſe Reſciſſion der liebloſen Schenkung zuläßt, enthält aber auch die Vorſchrift der Nov. 92. Sie beſtimmt nämlich, daß wenn ein Vater die an eins oder einige ſeiner Kinder gemachten unverhältnißmäßigen Schenkungen nicht durch eine angemeſſene Vertheilung der Erbſchaft, alſo dadurch, daß er den beinträchtigten Kindern einen größern Erbtheil zuwendet, wieder ausgleiche, die Begünſtigten ihnen das an dem Pflichttheil Fehlende erſetzen ſollen. Und dies ſey ſtets ſeine Meinung geweſen, ſetzt er hinzu; („et haec quidem nostra ab initio cogitatio fuit,“ wie die Vulgata richtig überſetzt). Dieſe Worte ſind zwar aller Wahrſcheinlichkeit nach darauf zu beziehen, daß die von dem Kaiſer angeordnete Erhöhung des Pflichttheils auch auf die querela inofficiosae donationis angewendet werden ſolle. In jedem Falle beſtätigen ſie aber die Meinung, daß mehr als der Pflichttheil mit dieſer Klage nicht gefordert werden könne. In der That verſtand ſich aber auch die Anwendung des neuen Pflichttheils auf die Reſciſſionsklage ganz von ſelbſt [38]); quarta pars debitae ab intestato portionis und ähnliche Ausdrücke

38) Kritz a. a. O. S. 110. Hille l. l. p. 59. 60.

bezeichnen nur den Begriff des Pflichttheils, dieſer blieb aber natürlich immer derſelbe, wenn gleich die Größe ſich änderte. Daher folgt denn weiter, daß eben dies auch für die Querel der Aſcendenten und Geſchwiſter gelten müſſe, ungeachtet Juſtinian nur von Kindern ſpricht. Daß die neueren Conſtitutionen, in ähnlicher Art, wie die früheren Rechtsquellen, ihre Beſtimmungen gern an etwas Concretes knüpfen, oder doch nur ihr Augenmerk auf die gewöhnlicheren Fälle richten, ohne darum die Anwendug auf ändere Fälle auszuſchließen, iſt bekannt und wurde auch ſchon bei einer andern Gelegenheit von uns bemerkt [39]. Darum werden denn gerade in der Materie vom Notherben- und Pflichttheils-Recht ſo häufig Kinder genannt, wo doch überhaupt Notherben gemeint ſind, weil Fälle der Anwendung für dieſe natürlich am häufigſten vorkommen. Auch war Juſtinian ohne Zweifel durch vorgekommene Fälle, in welchen nicht ſo verfahren war, wie er mit Recht annimmt, daß es ſich von ſelbſt verſtehe, zu ſeiner Dispoſition veranlaßt, was er nicht undeutlich zu erkennen giebt [40]. Er wollte alſo offenbar nur einer verkehrten Anwendung der früheren Beſtimmungen über die quarta pars, als zu reſcindirendes Quantum, vorbeugen, und dadurch fällt denn von ſelbſt das Räſonnement von Zimmern [41]) über den Haufen, daß Juſtinian dieſe Verordnung nicht erlaſſen haben würde, wenn ihn nicht die Ueberzeugung geleitet hätte, daß eine Ausdehnung des erhöheten Pflichttheils auf das mittelſt der Querel zu reſcindirende Quantum ohne ausdrückliches Geſetz unſtatthaft ſey. Bedarf es endlich zur

39) Bd. XXXV. §. 1421. b. S. 246 u. S. 250.

40) Nov. 92. cap. I. pr. in f.

41) a. a. O. S. 75.

Unterſtützung unſerer Meinung noch anderer Gründe, ſo wird man ſich auch wohl darauf beziehen dürfen, daß in den Codex-Stellen ſich ja ebenfalls keine Beſtimmungen über das Quantum finden, worauf die Reſciſſionsklage der Eltern und Geſchwiſter zu richten war, mithin man auch hier nur die darüber für Deſcendenten ausgeſprochenen Beſtimmungen zur Anwendung bringen konnte [42]).

Hierbei entſteht nun aber noch die Frage: auf welche Zeit wird geſehen, um zu beſtimmen, ob die Schenkung eine Pflichttheilsverletzung enthalte oder nicht, — auf die Zeit der vorgenommenen Schenkung, oder auf die Todeszeit des Erblaſſers? Die conſequentere Meinung, welche ſich auch als die gemeine anſehen läßt, geht dahin, daß zwar zunächſt der Moment der vorgenommenen Schenkung hierüber entſcheide, jedoch eine ſpäterhin eingetretene Vermögensvermehrung die frühere Verletzung heben, umgekehrt aber eine ſpätere Verminderung des Vermögens dieſelbe nicht begründen könne [43]). Alſo:

42) Franke a. a. O. S. 522.

43) M. ſ. z. B. Baldus ad L. 1. Cod. *h. t.* Nr. 8—10. *A.* Tiraqellus ad L. Si unquam C. *de inoff. donat.* in verba *omnia, vel partem aliquam* Nr. 33—35. fol. 88. 89. *H.* Donelli comment. jur. civ. Lib. XIX. cap. XI. §. 4—8. *G. A.* Struvii Synt. jur. civil. Exercit. XL. th. 14. Hofacker Princ. jur. civ. Rom. Germ. T. II. §. 1000. Nr. V. Thibaut Syſtem des Pandektenrechts §. 904. Nr. c. Günther Principia juris. Rom. priv. noviss. §. 1051. Nr. 2. 3. Schweppe das röm. Privatr. u. ſ. w. §. 973. Nr. 3. v. Wening-Ingenheim Lehrb. des gem. Civilrechts Buch. V. §. 153. Nr. 2. Meine Doctr. Pand. Vol. III. §. 774. Nr. 2. Seuffert Lehrb. des pract. Pandektenrechts §. 664. Nr. 5. *A.* Haimberger Jus Rom. privat. idque purum. T. IV. §. 550. p. 185

A) es muß der Pflichttheilsbetrag in dem Vermögen des Schenkens zurückbleiben. Inofficiös iſt daher z. B. die Schenkung, wenn Jemand, welcher zwei Söhne hat, dem einen derſelben $^{10}/_{12}$ des Vermögens ſchenkt. Die zurückbehaltenen $^{2}/_{12}$ kommen zwar dem neuen Pflichttheilsbetrag für jeden der beiden Söhne gleich (nämlich $^{1}/_{3}$ der Inteſtaterbportion = $^{2}/_{12}$ des Ganzen; den alten Pflichttheilsbetrag überſteigen ſie noch um $^{1}/_{24}$): allein da doch auch der beſchenkte Sohn bei dem Nachlaſſe wieder als Notherbe concurrirt, ſo iſt durch die Schenkung jedenfalls das Pflichttheilsrecht des Zurückgeſetzten verletzt, es mag der Vater die Inteſtaterbfolge eintreten laſſen, oder Beide zu Erben auf gleiche Theile einſetzen[44].

B) Wenn indeſſen der durch die Schenkung an und für ſich beeinträchtigte Notherbe von dem Nachlaſſe dennoch ſo viel erhält, als ihm mit Hinzurechnung der weggeſchenkten Summe zu dem Vermögen des Erblaſſers gebührt, ſo darf er ſich nicht beſchweren, gleichviel ob der Erblaſſer die früher zugefügte Verletzung durch teſtamentariſche Diſpoſition wieder vergütet[45], oder ob ſein Ver-

Warnkoenig comment. juris Röm. priv. §. 1112. p. 404. Franke Notherbenrecht S. 508 fgg. — Alle dieſe Schriftſteller ſtimmen in der Hauptſache überein, obgleich ſie im Ausdruck unter einander abweichen, was denn über die Frage, wie hier der Pflichttheil zu berechnen ſey, wieder Differenzen erzeugt hat. S. Franke a. a. O. und unten Nr. C. 2.

44) L. 1. C. *h. t.* „Si mater vestra ad eludendam inoff. querelam paene universas facultates — factis donationibus — — in quosdam liberos — exhausit, ac postea vos ex duabus unciis fecit heredes" —. S. Azonis Summa ad h. l. und die Accurſiſche Gloſſe.

45) Darauf geht zunächſt die Beſtimmung der Nov. 92. cap. 1.

mögenszuſtand ſich verbeſſert hat. Denn immer gebührt ihm die Legitima erſt von dem Nachlaſſe; die frühere Verminderung des Vermögens durch pflichtwidrige Schenkungen giebt ihm nur das Recht, zu fordern, daß bei Beſtimmung ſeines Pflichttheilsrechts der damalige Vermögenszuſtand mit berückſichtigt werde [46]. Und überhaupt kann ja die Geſinnung des Erblaſſers nicht weiter in Betracht kommen, ſo bald er nur ſeinem Notherben den vollen Pflichttheil hinterläßt [47]. Doch verſteht ſich, daß ihm auch von der Vermehrung ſelbſt der Pflichttheil gebührt, und hiernach iſt die Berechnnng bei Glück zu berichtigen, welcher annimmt, daß, wenn ein Vater von 5 Kindern, der 8000 im Vermögen hat, hievon 5000

pr. „Si quis donationem immensam in aliquem — filiorum fecerit, necessarium habeat in distributione hereditatis, tantam unicuique filiorum servari ex lege partem, quanta fuit, priusquam donationem pater — — faceret."

46) Man gründet dieſen Satz gewöhnlich auf Nov. 92., welche indeſſen von einer Vermehrung des Vermögens gar nicht handelt. Da die Novelle aber von dem richtigen Grundſatze ausgeht, daß erſt die Todeszeit darüber entſcheiden könne, ob ſich der Notherbe wirklich verletzt finde oder nicht, ſo läßt ſich eine Berufung auf dies Geſetz hier allenfalls rechtfertigen, obgleich ſie unnöthig iſt, da der obige Satz ſchon als conſequente Anwendung anderer Grundſätze gerechtfertigt erſcheint.

47) „Non sane" (ſagt Donellus) l. l. §. 4.) „quod non fuerit donatio inofficiosa, et talis non maneat; sed quia in legitimam, quae detrahitur, de ea donatione, imputatur omne, quod de bonis donantis ab eo accipitur, ac legitima portione accepta cessat revocatio factae donationis."

wegſchenke und ſpäter noch 1000 dazu erwerbe, folglich ſeinen Kindern die ihnen von 8000 gebührende Legitima (4000) hinterlaſſe, die Kinder gegen den Donatar keine Klage hätten [48]); es gebührt ihnen vielmehr auch von dieſen 1000 (alſo im Ganzen von 9000) die Legitima, weshalb ſie denn von dem Donator immer noch 500 zu fordern haben [49]).

C) Da eine liebloſe Schenkung nur vorhanden iſt, ſoferne durch dieſelbe der Pflichttheilsbetrag verletzt wird, ſo folgt von ſelbſt, daß gegen einen Donatar nur geklagt werden kann, wenn durch die ihm gemachte Schenkung die Notherben im Pflichttheile verkürzt ſind. Alſo

a) es ſind mehrere Schenkungen hinter einander gemacht, aber nur die letztern enthalten eine Pflichttheilsverletzung. Alsdann können auch lediglich dieſe angefochten werden, indem ja der Schenker über das durch die erſteren Weggegebene völlig unbeſchränkt verfügen durfte, mithin auf dieſelben der Begriff liebloſer Schenkungen überall nicht anwendbar iſt [50]). Von ſelbſt verſteht ſich

48) Bd. VII. des Commentars S. 97 fg.

49) Franke Notherbenrecht S. 510. 511.

50) Die Meinung, daß alle Schenkungen pro rata angefochten werden können, hat auch Glück verworfen (Bd. VII. S. 174); doch nimmt er auf einen Grund der Gegner keine Rückſicht, daß nämlich alle Vermächtniſſe, nicht blos die zuletzt, etwa in Codicillen, angeordneten, pro rata verringert würden, ſo weit durch ſie das Pflichttheilsrecht verletzt iſt. Indeſſen ſind beide Fälle durchaus verſchieden. Mehrere Vermächtniſſe erhalten ſtets zu derſelben Zeit ihre Gültigkeit, ſie mögen angeordnet ſeyn, wann und wo ſie wollen, wogegen eine Schenkung mit dem Moment exiſtirt, wo ſie gemacht wird. Bartolus ad L. 1. C. *h. t.* Nr. 5. Donellus l. l. §. 7. Francke a. a. O. S. 514.

übrigens, daß bei gleichzeitig an mehrere gemachten Schenkungen das Gegentheil eintritt [51]).

b) Es wird das Vermögen des Schenkers zufällig vermindert; z. B. derſelbe hat zwei Söhne und verſchenkt von einem aus 12000 beſtehenden Vermögen 8000, verliert aber ſpäter die zurückbehaltenen 4000 oder einen Theil derſelben durch Unglücksfälle. Auch in dieſem Falle kann die Schenkung nicht reſcindirt werden; denn da dieſelbe zu Anfange nicht inofficiös war, ſo kann ſie dies auch durch zufällige Vermögensverminderung nicht werden. Es führt daher auch leicht zu einem unrichtigen Reſultate, wenn Manche die Regel ſo ausdrücken, daß bei Berechnung des Pflichttheils die Schenkungen mit zu dem Vermögen gerechnet werden müßten, wovon dem Notherben der Pflichttheil gebühre [52]). Geſetzt alſo, in dem vorhin angenommenen Falle gingen von der zurückbehaltenen Pflichttheils-Summe (4000) 3000 verloren; hier können die Söhne nicht mehr, als die im Nachlaſſe befindlichen 1000 fordern; nach der vorhin angeführten Regel dagegen würden ſie aus der verſchenkten Summe (8000) und dem Nachlaſſe (1000) den Pflichttheil (alſo 3000) verlangen, mithin immer einen Theil deſſen revociren dürfen, was doch einmal giltig aus dem Vermögen heraus gegangen iſt [53]). Daher erfordert es auch die Conſequenz, daß, wenn die Schenkung wirklich mit Verletzung des Pflichttheils verbunden war und ſpäter ſich das Vermögen vermindert, dem Beſchenkten doch nur ſo viel abgefordert werden darf, als er nach dem früheren Vermögenszuſtande

51) Francke a. a. O. S. 512.

52) J. B. Wening-Ingenheim a. a. O.

53) Vgl. Francke a. a. O. S. 508 fg.

über die disponible Summe erhalten hat; (mithin wenn von einem Vermögen, welches 12000 beträgt, 10000 weggeſchenkt ſind, und das Vermögen ſich noch um 1000 mindert, der Pflichttheil aber 1/3 beträgt, ſo wird dieſes 1/3 nicht von 11000 berechnet, ſondern die Notherben können die Reſciſſionsklage immer nur auf die zu viel weggeſchenkten 2000 richten, m. a. W. ſie erhalten im Ganzen nicht 3666 2/3, ſondern nur 3000).

Auf eine ganz eigenthümliche Art hat ſich dieſe Lehre im Preuſſiſchen Land-Recht geſtaltet. Wir finden hierüber folgende Beſtimmungen: Nothwendige Erben, denen nach den Geſetzen ein Pflichttheil gebührt, können „eine jede von dem Erblaſſer innerhalb dreier Jahre vor ſeinem Tode gemachte Schenkung widerrufen, wenn der reine Betrag des Nachlaſſes nicht die Hälfte des Betrags der geſchenkten Summe oder Sache ausmacht. Doch darf alsdann von den Geſchenknehmern nur ſo viel, als zu dieſer Hälfte fehlt, zurückgegeben werden. Sind innerhalb dieſer drei Jahre mehrere Schenkungen geſchehen, ſo müſſen zwar, zum Behufe der Beſtimmung, ob eine Verkürzung im Pflichttheil vorhanden ſey, alle dieſe Schenkungen zuſammen gerechnet werden; dagegen findet ein wirklicher Widerruf der Zeit nach älterer Geſchenke nur ſo weit ſtatt, als die Ergänzung des Pflichttheils aus den zurückgenommenen ſpäteren Geſchenken nicht erfolgen kann“[54]).

Auffallend iſt hier beſonders, daß die Hälfte des Betrags der geſchenkten Summe als dasjenige Quantum beſtimmt iſt, welches den Notherben hinterlaſſen werden

54) Allgem. Landrecht Th. I. Tit. 11. §. 1113—1116. Weſentlich übereinſtimmend iſt der gedruckte Entwurf des Geſetzbuchs Th. II. Tit. 8. §§. 784. 785.

muß [55]. Denn daß dieſe geſetzliche Vorſchrift die Sicherung des Pflichttheils bezweckt, auch nicht etwa ein eigenthümlicher Pflichttheil für das Recht liebloſer Schenkungen angenommen werden ſollte, iſt durchaus nicht zu bezweifeln [56]. Nun war zwar in dem gedruckten Entwurfe des allgemeinen Geſetzbuchs der Pflichttheil auf die Hälfte der Inteſtaterbportion eines Notherben feſtgeſetzt [57], nach dem Landrechte ſelbſt aber beträgt der Pflichttheil für Deſcendenten bald 1/3, bald 1/2, bald 2/3 des geſetzlichen Erbtheils (je nachdem nicht über zwei, oder nicht über vier, oder mehr als vier Kinder vorhanden ſind), und nur für Aſcendenten ſtets die Hälfte [58]; doch concurriren dieſe in der Inteſtaterbfolge mit den nicht zum Pflichttheile berechtigten Geſchwiſten und Geſchwiſter-Kindern des Erblaſſers [59], ſo daß ſie, im Falle einer ſolchen Concurrenz nie die Hälfte des ganzen Nachlaſſes als Pflichttheil anſprechen dürfen. Geſetzt aber auch, es wäre bei der Beſtimmung des Entwurfs in Anſehung der Größe des Pflichttheils geblieben, ſo würde die Vorſchrift des Allgem. Landrechts über donatio inofficiosa doch nur in dem einzigen Falle den Notherben die Hälfte ihres Erb-

55) Sehr belehrende Aufſätze hierüber finden ſich in dem erſten Hefte der von A. H. Simon und H. L. v. Strampff herausgegebenen Zeitſchrift für wiſſenſchaftliche Bearbeitung des preuſſiſchen Rechts vom Herrn Geheimen-Ober-Juſtiz-Rathe Müller (Nr. VII. S. 63 fg.) und von den Herausgebern (Nr. VIII. S. 75 fg.)

56) S. hierüber Müller a. a. O. S. 69—72 und Simon S. 86 fg. Nr. 2. S. 103 a. E. fgg.

57) Th. I. Abth. I. Tit. 2. §. 307.

58) Th. II. Tit. 2. §. 392 u. §. 502.

59) Th. II. Tit. 3. §. 33.

theils gewähren, wenn der Erblaſſer ſein ganzes Vermögen bei ſeinen Lebzeiten weggegeben, alſo eigentlich gar nichts hinterlaſſen hätte [60]), und auch auſſerdem würde die Anwendung dieſer Vorſchrift zu den ſeltſamſten Reſultaten führen. Denn je geringer der eigentliche Nachlaß des Schenkers iſt, deſto größer wird hiernach immer das Quantum ſeyn, welches die Notherben im Ganzen erhalten. Wenn Jemand z. B. von 100,000 wegſchenkt 70,000, der Nachlaß alſo noch 30,000 beträgt, ſo fordert ſein Notherbe, welcher die Hälfte der geſchenkten Summe (= 35,000) haben ſoll, nur 5000 zurück; ſind 80,000 verſchenkt, ſo fordert er zu den ihm verbleibenden 20,000 noch eben ſo viel zurück, erhält alſo im Ganzen 40,000; beträgt das Geſchenk 90,000, ſo wird der Pflichttheil des Notherben ſeyn = 45,000, und hat der Erblaſſer das ganze Vermögen weggeſchenkt = 50,000. Es liegt mithin bei der Faſſung der fraglichen Vorſchrift des Allgem. Landrechts über donatio inofficiosa ein mehrfacher Irrthum zu Grunde, wie dies auch von den Herausgebern der Zeitſchrift für wiſſenſchaftliche Bearbeitung des preuſſiſchen Rechts ſehr gut nachgewieſen iſt [61]). Erſtlich, daß man die Beſtimmungen des Entwurfs auch in dem Geſetzbuche beibehielt, ohne es zu beachten, daß die Vor-

60) Dieſer Fall ſcheint den Redactoren des Geſetzbuchs allein vorgeſchwebt zu haben (Simon a. a. O. S. 102 fg. Nr. 5.), was um ſo auffallender iſt, als die wörtliche Faſſung des Geſetzes faſt nur an den entgegengeſetzten Fall denken läßt, daß nämlich noch ein Nachlaß übrig bleibt, folglich nicht Alles verſchenkt iſt.

61) Es gehören hieher die von ihnen der Müller'ſchen Abhandlung hinzugefügten Aufſätze (S. 75 — 106) ihrem ganzen Inhalte nach.

ſchriften des letzteren über die Größe des Pflichttheils von denen im Entwurf durchaus abweichen. Zweitens, daß man ſtets nur von der Hälfte des Betrags der gemachten Schenkung ſprach, und dennoch an die Hälfte der ganzen Verlaſſenſchaft, die Schenkungen in dieſelbe mit eingerechnet, dachte, — alſo einen ſo höchſt einfachen Gedanken nicht deutlicher auszudrücken wußte! Drittens, daß man die Fälle ganz unberückſichtigt ließ, wenn Notherben mit nicht pflichttheilsberechtigten Inteſtaterben concurriren. — Dieſe Verſehen erſcheinen um ſo auffallender, als ſie keineswegs etwa der Eilfertigkeit zugeſchrieben werden können, ſondern die Redactoren mehr als eine Veranlaſſung hatten, den Ausdruck und Inhalt dieſer Vorſchriften in genaue Erwägung zu ziehen. Man wurde durch Monita auf die Zweideutigkeit und Inconſequenz derſelben aufmerkſam gemacht [62]), ohne dieſe Erinnerungen zu beachten [63]); man ſuchte ſich ſelbſt den Gegenſtand durch Berechnungen zu verdeutlichen [64]); man brachte an verſchiedenen Orten des Entwurfs daſſelbe Rechtsprincip zur Anwendung, ohne den mangelhaften Ausdruck zu bemerken [65]); man änderte ſpäterhin, wahr-

62) Simon u. ſ. w. a. a. O. S. 90—96.

63) Der G. R. Goßler bemerkte dagegen: das Geſetz ſcheine deutlich, und die Erklärung des Monenten höchſt gezwungen, die Erinnerung ſey alſo unerheblich! (a. a. O. S. 92 u. 94).

64) So Suarez (Zeitſchr. a. a. O. S. 93).

65) So auch in der Lehre vom Widerruf eines Leibrenten-Contracts durch die Kinder des Erblaſſers wegen Verletzung im Pflichttheile, worüber es im Entwurfe Th. II. Tit. 8. §. 509 seq. heißt: „Durch den Ankauf von Leibrenten kann Niemand, der zur Zeit des geſchloſſenen Contracts Kinder hat,

ſcheinlich auf Veranlaſſung jener Erinnerungen [66]), in der Materie vom Leibrentencontract die Beſtimmungen des Entwurfs [67]), behielt aber in der Lehre von der donatio inofficiosa, wovon in dem nämlichen Titel die Rede iſt, die unrichtige Faſſung bei.

Herrr G. O. J. R. Müller ſchlägt vor, den §. 784 des Entwurfs [68]) mit der in demſelben angenommenen Theorie über die Größe des Pflichttheils dadurch in Uebereinſtimmung zu bringen, daß man hinter den Worten „die Hälfte des Betrags der geſchenkten Summe oder Sache“ ergänzt: „*inclusive* des reinen Nachlaßbetrags.“ Indeß glaube ich nicht, daß der Ausleger ſich erlauben darf, etwas hinzu zu denken, wodurch das Geſetz einen ganz anderen Sinn erhält, als in den gebrauchten Ausdrücken liegt. Daß freilich die Verfaſſer dies ſagen wollten, und eben ſo auch die Redactoren des Geſetzbuchs bei der Faſſung der §. 1113 und §. 1114 (Th. I. Tit. 11 des Landrechts) leidet nach den Aeuſſerungen derſelben in den ungedruckten Materialien wohl keinen Zweifel und wird auch von den Herausgebern der Zeitſchrift für wiſſen-

denenſelben den, nach den Geſetzen ihnen zukommenden Pflichttheil entziehen. Beträgt alſo bei ſeinem Abſterben ſein Nachlaß nicht die Hälfte des für die Leibrente gezahlten Capitals, ſo muß der Verkäufer davon ſoviel, als zu dieſer Hälfte fehlt, zurückgeben.“

66) S. die angeführte Zeitſchrift S. 102 (Nr. IV.)

67) A. L. R. Th. I. Tit. 11. §. 637 — 639.

68) Dieſer lautet ſo: „die Schenkung kann widerrufen werden, wenn der reine Betrag des Nachlaſſes nicht die Hälfte des Betrags der geſchenkten Summe oder Sache ausmacht.“

ſchaftliche Bearbeitung des preuſſiſchen Rechts zugegeben [69]. Doch ſind ſie ebenfalls der Meinung, daß ſich nach den Worten der angeführten Stellen eine ſolche Auslegung nicht rechtfertigen laſſe. Auch bemerken ſie ſehr richtig, daß am angemeſſenſten der Geſetzgeber ſich darauf beſchränkt hätte, dem Notherben nur eine Klage auf Ergänzung des Pflichttheils zu geben [70]; (alſo es ganz einfach bei der gemeinrechtlichen Beſtimmung über das zu revocirende Quantum bewenden zu laſſen). Wenn ſie indeſſen hinzufügen, daß ſich hiermit ſelbſt die Worte des Geſetzes wohl vereinigen laſſen [71], ſo geſtehe ich, dies in keiner Weiſe finden zu können, auch wenn man mit ihnen den Fall unterſtellt, wo der Pflichttheil ⅓ beträgt, mithin der Geſchenknehmer ⅔ des ganzen Nachlaſſes erhalten oder behalten kann.

V. Da die querela inofficiosae donationis, wie die Teſtaments-Querel, ihren Grund in einer von dem Erblaſſer wider den Notherben bewieſenen liebloſen Geſinnung hat, ſo war es ganz conſequent, auf ſie auch die eigenthümlichen Gründe des Wegfallens der letztgenannten Klage (fünfjährige Verjährung, das Daſeyn einer Enterbungsurſache, in der Regel auch der Tod des Notherben, ohne die Klage vorbereitet zu haben), anzuwenden [72]. Dadurch hauptſächlich unterſcheidet ſich denn dieſe Klage

69) a. a. O. S. 75. S. 87. S. 98. S. 104.

70) a. a. O. S. 99.

71) a. a. O. S. 100.

72) S. Bd. VII. des Commentars §. 550 S. 176—179, worauf ich hier ganz verweiſen kann. Auch ſtimmt mit der daſelbſt ſich findenden Ausführung überein Francke Notherbenrecht S. 534.

von der actio ad supplendam legitimam, mit der ſie ſonſt materiell große Aehnlichkeit hat, wenn nämlich nicht Alles weggeſchenkt iſt, ſo daß die Notherben nur auf Ergänzung des Pflichttheils klagen dürfen. Völlig falſch aber iſt die Meinung von Zimmern [73]) und Schweppe [74]), daß, ſeit Juſtinian die Ergänzungsklage des Pflichttheils eingeführt habe, allemal nur dieſe ſtatt finde, wenn den Notherben nicht Alles entzogen worden ſey. Beide Klagen haben eine ganz verſchiedene Grundlage. Die querela inoff. donationis gründet ſich, wie die Teſtamentsquerel, auf liebloſe Geſinnung des Erblaſſers: durch die ſuppletoriſche Klage wird nur der unvollſtändig ausgeſprochene Wille des Teſtirers ergänzt [75]), und — worauf es hier hauptſächlich ankommt —, die Ergänzung wird von dem eigentlichen Nachlaſſe gewährt, wogegen vermittelſt der querela inofficiosae donationis der Kläger eine nach ſonſtigen Rechtsbegriffen giltige Schenkung impugnirt. Abgeſehen alſo davon, daß dieſe Querel immer von dem Erben gegen den angeſtellt wird, welcher titulo singulari, und zwar nicht aus dem Nachlaſſe, etwas von des Erblaſſers Vermögen erhalten hat, die ſuppletoriſche Klage aber ſtets gegen den Erben oder Miterben gerichtet wird: ſo iſt auch aus inneren Gründen eine Vertauſchung beider Klagen nicht möglich, und kann daher, wenn liebloſe Schenkungen unter Lebenden gemacht ſind, überall darauf nichts ankommen, ob dadurch das Vermögen des Schenkers ganz erſchöpft wurde oder nicht, und ob im letzteren

73) In der angef. Abhandlung S. 75.

74) Röm. Privatrecht in ſeiner Anwendung auf teutſche Gerichte §. 974 a. E.

75) S. oben S. 32—38 fgg.

Falle die beeinträchtigten Notherben ab intestato erben oder zu Erben eingeſetzt ſind. Da übrigens auch hier ſtets der Geſichtspunkt feſtgehalten werden muß, daß der Notherbe auf den Pflichttheil erſt nach dem Tode des Erblaſſers einen Anſpruch zu machen habe, ſo folgt von ſelbſt, daß die Klage nicht auf die bis zum Ableben des Schenkers von der geſchenkten Sache oder Summe gezogenen Nutzungen gerichtet werden könne. So lange der Inhaber eines Vermögens lebt, ſteht ihm (unter Vorausſetzung perſönlicher Selbſtſtändigkeit) die uneingeſchänkteſte Verfügungsfreiheit über die aus demſelben erhobenen oder zu hebenden Nutzungen zu; er mag ſie ſelbſt verzehren oder wegſchenken, immer kann der Notherbe aus dem Grunde, daß der Ueberſchuß möglicherweiſe capitaliſirt und dadurch der Stamm des Vermögens hätte vermehrt werden können, (denn ein anderer Grund iſt hier nicht denkbar), darauf keinen Anſpruch machen. Da aber auch andere Reſciſſionsklagen mit auf die Früchte und Acceſſionen gehen [76]), ſo wird die querela inofficiosae donationis unbedenklich auf die ſeit dem Tode des Erblaſſers gezogenen Nutzungen und ſonſtigen accessiones rerum gerichtet werden dürfen; auf Zinſen und ſonſtige Entſchädigung aber freilich erſt nach eingetretener mora [77]).

VI. Das Recht der liebloſen Schenkungen wird auch angewandt

76) L. 28. §. 6. D. *ex quib. caus. maj.* (IV. 6.) L. 38. pr. §. 2—6. D. *de usur.* (XXII. 1.) L. 7. §. 1. C. *de revoc. donat.* (VIII. 56.) — („vindicationis habeat effectum.“) — *Andr.* Tiraquelli comment. in L. *si unquam* C. *de revoc. donat.* ad verb. *Totum* Nr. 273—282 (opp. T. V. Fol. 245 squ.)

77) Vgl. Francke a. a. O. S. 533 a. E. fg.

1) auf dos inofficiosa [78]. Es wurde oben (S. 108.) ſchon bemerkt, daß die ſ. g. querela inofficiosae dotis nur eine weitere Ausdehnung des neu aufgekommenen Rechts enthält, wonach der Pflichttheil den Notherben auch durch Lieberalitätshandlungen unter Lebenden nicht verkürzt oder entzogen werden ſoll; eine Ausdehnung muß man es freilich nennen, nicht eine einfache Anwendung, da die querela inoff. donationis, ſtreng genommen, auf Dotation nur paßte, ſoferne dieſe als reine Schenkung anzuſehen war, in welchem Falle ſie denn auch ſo behandelt, d. h., zu ihrer Anfechtung die querela inofficiosae donationis zugelaſſen wurde [79]. Genug auch da, wo dies nicht der Fall war, dennoch aber die Beſtellung einer dos eine Verletzung des Pflichttheils-Rechts enthielte [80], wurde den Notherben nach dem Tode des Conſtituenten eine Klage auf Reſciſſion der übermäßigen Dos „ad exemplum inofficiosi testamenti“ gegeben, welche ihren Bedingungen, wie ihren Wirkungen und ſonſtigen Eigenthümlichkeiten nach der querela inofficiosae donationis gleich war; wie dies Alles ſchon bei der früheren Darſtellung dieſer Lehre genügend ausgeführt iſt. Da indeſſen alle Liebloſigkeitsklagen nur in subsidium, oder in Ermangelung eines

78) Theod. Cod. *de inofficiosis* dotibus (II. 21.) Justin. Cod. de *inoff. dotib.* (III. 30.) S. Bd. VII. des Commentars §. 550. S. 181 — 191. Zu der daſelbſt angeführten Literatur iſt noch hinzuzufügen: *Chr.* Thomasii diss. de legitima viventis Cap. II. §. 24 — 31. Francke Notherbenrecht §. 45. S. 536. fgg.

79) Schol. Basilic. ad Lib. XLI. Tit. IV. Fr. 10. p. 489. Schol. q.

80) Die Fälle ſelbſt ſind aufgezählt Bd. VII des Commentars S. 186 — 188.

andern gleich wirkſamen Rechtsmittels, ſtatt finden, ſo iſt dieſe Reſciſſionsklage für manche Fälle ihrer früheren Anwendbarkeit unnöthig geworden, ſeitdem die neueren Kaiſer, und beſonders Juſtinian anderweitig dafür ſorgten, daß die Rechte und Anſprüche der Kinder durch Eingehung einer zweiten Ehe ihres Parens nicht leicht gefährdet werden könnten [81]. So folgt daraus, daß die zur zweiten Ehe ſchreitende Mutter ihrem zweiten Gatten durch irgend eine Liberalitätshandlung nicht mehr zuwenden darf, als demjenigen der Kinder aus der früheren Ehe, welches am Wenigſten erhält, (dem doch allemal der Pflichttheil verbleiben muß) [82]: daß es der querela inoff. dotis nicht mehr bedarf, wenn ſie dem neuen Ehegatten eine größere dos aus ihrem Vermögen beſtellt, indem alsdann das zu viel Gegebene ipso jure ungiltig iſt und (verſteht ſich, nach dem Tode der Mutter den Kindern als Erbtheil zufällt [83]). Ja auch an-

81) S. Bd. XXIV. des Commentars §. 217. S. 113 — 168. Marezoll in der von ihm, Linde und v. Wening-Ingenheim herausgegebenen Zeitſchrift für Civilrecht und Prozeß Bd. III. Abhandl. V. S. 91 fgg.

82) L. 6. pr. C. *de secund. nupt.* (V. 9.) — non liceat plus — vitrico testamento relinquere vel donare, *seu dotis vel ante nuptias donationis titulo conferre*, quam filius vel filia habet: cui minor portio — derelicta, vel data fuerit, — ita tamen, ut quarta pars, quae iisdem liberis dabatur ex legibus, nullo modo minuatur, nisi ex his causis, quae de inofficioso excludunt querelam.“— Damit übereinſtimmend iſt auch Nov. 22. c. 27.

83) L. 6. pr. in f. C. *de sec. nupt.* — — „id, quod plus relictum vel donatum, aut datum fuerit: *tamquam non scriptum sit, ad personas deferri liberorum, et inter eas dividi jubemus.*“

dere Notherben der Frau (uneheliche Kinder, Aſcendenten und, für den Fall, daß der Ehegatte eine persona turpis iſt, auch Geſchwiſter), bedürfen der Reſciſſionsklage nur, wenn ſie dem Mann ein unwiderrufliches Recht an der dos ertheilt hat; denn ſonſt ſteht ihnen ſchon als Erben der Frau das Zurückforderungsrecht der dos zu [84]. Und wenn Francke annimmt, daß den aus derſelben Ehe, worauf ſich die Beſtellung der dos bezieht, erzeugten Kindern, in einem ſolchen Falle die querela inofficiosae dotis alsdann wenigſtens nöthig ſey, wenn ſie nach dem Tode ihrer Mutter beim Leben des Vaters sui juris werden, ſo glaube ich, daß auch dies nicht einmal zugeben werden darf. Francke argumentirt etwa ſo: nach den neuern Geſetzen könne der Vater nur den Nießbrauch und, ſolange er nicht zu einer folgenden Ehe ſchreite, die Proprietät an einem Kindestheile erhalten [85], das Vermögen der Kinder ſey aber dem Nießbrauchsrechte des Vaters, in deſſen Gewalt ſie ſtehen, unterworfen, mithin könne während der Dauer der väterlichen Gewalt von einer Klage gegen ihn überall keine Rede ſeyn. Sobald dagegen das Gewaltverhältniß beendet ſey, trete ihr volles Pflichttheilsrecht ein, und hier zeige ſich unſere Querel wirkſam. Denn der Pflichttheil könne keiner Beſchwerde, alſo auch nicht dem Nießbrauchsrechte des Vaters unterworfen werden; dies würde aber jenes Vertrags wegen geſchehen, und darum ſey dem Kinde hier die querela inofficiosae dotis nöthig [86]. — Allein auch abgeſehen davon, daß ja die Frau, wenn ſie dem Manne die Zurückgabe der dos erläßt, ihm dadurch die

84) L. un. C. *de rei uxoriae actione.* (V. 13.)

85) Nov. 98. c. 1. Nov. 127. c. 3.

86) Francke a. a. O. S. 538. a. E. S. 539.

Proprietät derſelben und nicht einen bloßen Nießbrauch zuwenden will, ſo bedarf es doch eben ſo wenig einer Reſciſſionsklage, damit ein von der väterlichen Gewalt befreites Kind ein uneingeſchränktes Recht an dem Seinen erhalte, als es nöthig wird, ihm erſt durch eine beſondere Klage das Recht ſelbſt an dem mütterlichen Dotalvermögen zu verſchaffen; ſo wie hier das Geſetz unmittelbar wirkt und jede zum Nachtheil der Kinder gereichende Diſpoſition über ein ſolches Vermögen im Voraus für null und nichtig erklärt, eben alſo hört der väterliche Nießbrauch mit beendigtem Gewaltverhältniß von ſelbſt auf, und wenn der Vater die Herausgabe und den Genuß des ehemaligen peculium adventitium dem Kinde vorenthalten wollte, ſo würden dagegen die gewöhnlichen Rechtsmittel anwendbar ſeyn.

Endlich darf nicht mit Stillſchweigen übergangen werden, daß auch die ſchon im alten Rechte begründete Verpflichtung zur dotis collatio mittelbar eine Einſchränkung der querela inofficiosae dotis zur Folge haben kann. Wenn nämlich eine Deſcendentin, die eine übermäßige dos von dem Erblaſſer erhalten hat, mit andern Deſcendenten dieſes Erblaſſers zur Erbfolge gelangen will, ſo muß ſie ihre dos conferiren, und dann kann von einer Reſciſſionsklage überall nicht die Rede ſeyn. Verzichtet ſie aber auf die Erbſchaft, ſo fällt die Collationsverbindlichkeit weg [87]), folglich bleibt dem beeinträchtigten Notherben nur die querela inofficiosae dotis zur theilweiſen Revocation der Dos übrig [88]).

2) Aber auch ſelbſt oneroſe Geſchäfte können nach

87) L. 1. pr. D. *de dotis collatione.* (XXXVII. 7.)

88) Francke a. a. O. S. 539. a. E. fg.

der wohl begründeten Lehre der Praktiker angefochten werden, ſoferne dabei eine mit Pflichttheilsverletzung verbundene und von liebloſer Geſinnung gegen die Notherben zeugende Liberalität concurrirt [89]. So in dem Falle, wenn zu wohlfeil veräuſſert iſt, in der Abſicht, ſich dadurch liberal gegen den Erwerber zu erweiſen [90]. Indeſſen meint Thomaſius, ein ſolcher Fall könne nie vorkommen, weil ja doch immer ein einigermaßen verhältnißmäßiges Aequivalent gegeben werden müſſe, mithin der Pflichttheil ſtets im Vermögen zurückbleibe [91]. Er ſcheint alſo anzunehmen, daß allemal der Kauf als ein ſimulirtes Geſchäft zu betrachten ſey, wenn der Preis ſo niedrig beſtimmt iſt, daß hierdurch die Notherben im Pflichttheile verkürzt werden. Indeſſen iſt dies unrichtig. Ein blos ſimulirter Kauf iſt gar keiner; das Kaufgeſchäft kann aber an ſich ſehr ernſtlich gemeint und dennoch da-

89) S. Glück Bd. VII. des Comment. §. 550. S. 191 — 196. und die daſelbſt S. 193. Note 14. angeführten Schriftſteller.

90) Arg. L. 38. D. *de contrah. emt.* XVIII. 1. („Inter virum et uxorem donationis causa venditio facta pretio viliore nullius momenti est"); und L. 5. §. 5. D. *de donat. int. V. et U.* (— venditionem donationis causa factam nullius esse momenti, si modo — — — idcirco venditionem commentus sit (maritus), ut donaret." — Wenn der ganze Kauf blos ſimulirt iſt (alſo gar kein Pretium, oder nur ein Schein-Pretium dabei vorkommt), oder auch die Erfüllung aus einem abgeſchloſſenen Kaufe nur vorgegeben wird, um dahinter eine Schenkung zu verbergen, ſo liegt eine reine Schenkung vor, (L. 36. D. *de contr. emt.* L. 7. C. *eod.* IV. 38.) und die querela inoff. donationis iſt alsdann auch ohne alle Ausdehnung begründet. *Chr.* Thomasius Diss. de legit. viventis Cap. II. §. 5.

91) Thomasius de legit. viventis Cap. II. §. 11.

mit eine ſo große Begünſtigung des Käufers verbunden ſeyn, daß dadurch das Pflichttheilsrecht verletzt iſt; z. B. ein Vater, welcher fünf Kinder hat und deſſen Vermögen aus einem Landgute, 50,000 Thlr. an Werth beſteht, überläßt daſſelbe einem ſeiner Kinder für die Summe von 24,000 Thlr. — Dachte aber Thomaſius hier an die Möglichkeit, einen ſolchen Handel propter laesionem ultra dimidium anzufechten, ſo hat er nicht erwogen, daß dieſe Anfechtung überall nicht ſtatt findet, wenn der Verkäufer mit Abſicht und Vorbedacht zu wohlfeil verkaufte [92]), und daß ja auch ein ausdrücklicher Verzicht auf dies Rechtsmittel möglich iſt [93]).

Auch Leibrenten-Contracte geben ſehr leicht den Notherben eine Veranlaſſung, ſich über Verletzung im Pflichttheile zu beſchweren, und pflegen in dieſer Hinſicht von neueren Geſetzgebern beſonders berückſichtiget zu werden [94]).

Daß nun auch dieſe Reſciſſionsklagen ſich ihrem Grunde wie ihrer Wirkung nach an die querela officiosae donationis anſchließen, ſollte billig nicht bezweifelt werden, und es kann nur zu falſchen Vorſtellungen führen, wenn man ſie als quasi Calvisianae und quasi

92) S. Bd. XVII. des Comment. §. 1030. S. 81 fg. (Nr. 5.)

93) Francke a. a. O. S. 540 fg.

94) S. hierüber z. B. das Allg. Landrecht für die preuß. Staaten Th. I. Tit. 11. §. 637 fgg. (Simon und v. Strampff in der von ihnen herausgegebenen Zeitſchr. für wiſſenſchaftliche Bearbeitung des preuß. Rechts Bd. I. Heft I. Abh. VIII. Nr. 2. S. 87 fgg.) — Code Napoléon art. 1969. 1970. 1973. — Vgl. auch das allgem. bürgerl. Geſetzbuch für die geſammten deutſchen Erbländer der öſterr. Monarchie §. 1286.

Favianae actiones bezeichnet [95]). Durch dieſe Klagen konnte der Patron jede zu ſeinem Nachtheil vorgenommene und gereichende Veräuſſerung anfechten, auch wenn in dem Nachlaſſe mehr zurückblieb als ihm gebührte, ſofern er nicht durch das Teſtament entſchädigt war, oder den auch von dem Werthe der veräuſſerten Sachen ihm gebührenden Theil durch contra tabulas bonorum possessio erhalten konnte (S. oben S. 38 fg. Dagegen bei der querela inofficiosae donationis, und alſo auch bei den ihr nachgebildeten Klagen wird vorausgeſetzt, die Veräuſſerung ſelbſt habe das Vermögen ſo weit erſchöpft, daß nicht einmal der Pflichttheilsbetrag dem Veräuſſernden geblieben ſey. Und ſo wie dies ganze Recht des Patrons auf der Annahme beruht, er habe gleichſam als socius ein Recht auf allen und jeden Erwerb ſeines Freigelaſſenen [96]), ſo erklärt ſich eben hieraus auch vollkommen, daß die zu ſeinem Beſten eingeführten Revocationsklagen nicht den Beſchränkungen unterworfen ſeyn konnten, wie die eigentlichen Inofficioſitätsklagen [97]). Da nun, wenn die Notherben oneroſe Veräuſſerungen wegen Beeinträchtigung ihres Pflichttheils anfechten, das patronatiſche Erbrecht unmöglich als Baſis angenommen werden kann, weil ihnen ein ſolches Recht nie zuſtand, ſo folgt von ſelbſt, daß ſie ſich hierbei nur auf die Analogie der querela inofficiosae donationis ſtützen können, dergleichen Reſciſſionsklagen mithin in Anſehung ihrer

95) Auch von Glück iſt dies geſchehen; bei ihm findet ſich daher ebenfalls die unrichtige Meinung in Anſehung der Dauer dieſer Klagen und ihres Uebergangs auf die Erben (Bd. VII. des Commentars S. 192 — 196.)

96) L. 1. D. *de bonis libertor.* (XXXVIII. 2.)

97) L. 1. §. 26. L. 3. §. 1. D. *si quid in fraudem creditor.*

Dauer und ihres Ueberganges auf die Erben eben ſo beſchränkt ſind, wie jene Klage, und wie die Teſtaments-Querel ſelbſt es iſt [98]).

Uebrigens wird bei allen Reſciſſionsklagen, von denen in dieſem Paragraphen die Rede war, vorausgeſetzt, daß die Verletzung durch Veräuſſerungen unter Lebenden erfolgt ſey. Möglich iſt es, daß der volle Pflichttheilsbetrag in dem Nachlaſſe zurückbleibt, und dennoch die Notherben beeinträchtigt erſcheinen. Z. B. Jemand, welcher zwei Söhne und 12,000 im Vermögen hat, verſchenkt davon 8000, ſo daß die Legitima frei bleibt; er ſetzt aber den einen Sohn auf $\frac{2}{3}$, den andern auf $\frac{1}{3}$ zu Erben ein. Hier kann die Schenkung nicht angefochten werden, da ſie nicht inofficös iſt, ſondern der zurückgeſetzte Sohn ſtellt die actio ad supplendam legitimam gegen den Bevorzugten an, ſo daß nun beide gleichviel von dem Nachlaſſe erhalten [99]). Oder, er ſetzt beide Söhne zu gleichen Theilen als Erben ein, beſchwert ſie aber mit Vermächtniſſen. In dieſem Falle brauchen die Vermächtniſſe gar nicht bezahlt zu werden, da der ganze Nachlaß durch den Pflichttheilsbetrag abſorbirt wird, die Legitima aber nicht beſchwert werden darf [100]). Daſſelbe

98) Vgl. Francke a. a. O. S. 543. 544.

99) Vgl. Glück im 7. Bande des Commentars §. 547. S. 98, 99. und die daſelbſt angeführten Schriftſteller. Francke Notherbenrecht S. 514 fg. und S. 543.

100) Dies gilt natürlich auch für den Fall, wenn es nur zu einer verhältnißmäßigen Abminderung der Vermächtniſſe nach den Grundſätzen der Lex Falcidia kommt; (z. B. wenn von dem Vermögen in dem eben angenommenen Falle die Hälfte weggeſchenkt, die andere Hälfte aber mit Vermächtniſſen überſchwert wäre). Denn weniger als der Betrag der Le-

findet auch ſtatt, wenn das Pflichttheilsrecht durch Schenkungen auf den Todesfall beeinträchtigt iſt. Gerade in Beziehung auf einen Fall, wo die Frage entſtand: ob dieſe Schenkungen nach gleichen Grundſätzen, wie Legate, reſcindirt werden dürfen, heißt es: legatorum instar obtinent [1]. Bekanntlich ſind ſie auch dem Abzuge der Falcidia unterworfen [2], und ganz in Gemäsheit dieſes Prinzips reſcribirte denn der Kaiſer Alexander Severus [3], daß bei übermäßigen Schenkungen von Todeswegen ebenfalls die Grundſätze der Lex Falcidia zur Anwendung kommen müßten [4]. Dieß gilt aber auch in allen Fällen, wo die Schenkung erſt durch den Tod des Schenkers convalescirt [5]. Wenn daher in der bereits oben

gitima (⅓) darf den Notherben nicht verbleiben. Auf die Streitfrage brauche ich mich übrigens hier nicht einzulaſſen, ob der Notherbe, auſſer der Legitima, auch noch die Quarta Falcidia abziehen darf? S. hierüber Bd. VII. des Commentars §. 550. S. 153—156.

1) L. 17. D. *de mortis causa donat.* (XXXIX. 6.) S. auch L. 1. §. 1. D. *si quid in fraud. creditor.* (XXXVIII. 5.) — „mortis causa enim donationes comparantur legatis.“ — Haſſe in dem Rhein. Muſeum für Jurisprudenz Bd. II. S. 355 fg. (Nr. 13.) — v. Schröter über die mortis causa donatio; in der von Linde, Marezoll und v. Wening-Ingenheim herausgegebenen Zeitſchrift für Civilrecht und Prozeß Bd. II. S. 115 fg. (Nr. 9.) Haſſe a. a. O. S. 356 fg. Nr. 14.)

2) L. 2. C. *de mortis causa donat.* (VIII. 57.)

3) L. 5. C. *ad Leg. Falcid.* (VI. 50.) — L. 18. *eod.*

4) Die richtige Meinung iſt auch ſchon von Glück ausführlich vertheidigt in dem 7. Bande des Commentars S. 153—156. Francke Notherbenrecht S. 535 fg.

5) L. 32. §. 1. D. *de don. int. V. et U.* (XXIV. 1.) L. 12.

vorgekommenen L. 2. C. *de inoff. donat.* der arbiter familiae erciscundae angewieſen wird, falls der Vater einem in der Gewalt befindlichen Kinde eine übermäßige Schenkung gemacht habe, dafür zu ſorgen, daß die dadurch beeinträchtigten Deſcendenten ihren Pflichttheil frei behalten, ſo darf dies keineswegs von einer Anfechtung dieſer Schenkung durch die querela inofficiosae donationis verſtanden werden; eine Reſciſſionsklage iſt hier ganz überflüſſig, da eine ſolche Schenkung nur in ſoweit convalescirt, als durch dieſelbe der Pflichttheil nicht verletzt iſt [6].

§. 1421. h.

Einſetzung und Enterbung der sui heredes.

Nachdem nunmehr die Lehren vom Pflichttheil und vom Querelrecht vollſtändig vorgetragen ſind, ſollen diejenigen Lehren folgen, welche den eigentlichen Gegenſtand dieſes Titels bilden, wie dies auch ſchon von Glück beabſichtigt wurde [7]. Was darüber bereits in den früheren Bänden des Commentars vorkommt, wird ebenfalls entweder übergangen, oder doch nur berichtigt und ergänzt werden dürfen.

Eigentliche Notherben (*heredes* necessarii [8]) wa-

Cod. ad Leg. Falcid. (VI. 50.) — Vat. Fr. §. 274. und 281.

6) Vat. Fr. §. 281. — liberalitatem — *salva lege Falcidia probari.*" — Francke a. a. O. S. 534. a. E. u. fg.

7) M. ſ. was hierüber Bd. XXXV. S. 88 fg. geäuſſert iſt.

8) Den Unterſchied zwiſchen heredes und successores necessarii hat nun auch Glück anerkannt. S. den 35. Bd. des Commentars §. 1420. S. 82 fg. — Vgl. Francke Notherbenrecht §. 1. S. 22. — Es iſt aber hierbei auch noch

ren früher nur die sui; nach dem Rechte des prätoriſchen Edicts wurde aber das Notherbenrecht mit gewiſſen Modificationen auch auf emancipirte, auf in Adoption gegebene und vor dem Tode des natürlichen Vaters wieder aus der Gewalt entlaſſene Söhne, ſo wie auf deren Descendenten bezogen [9]; was hier noch nicht näher zu erörtern iſt. Manche wollen nun einen doppelten Begriff des suus heres unterſcheiden, einen weiteren oder uneigentlichen und einen engeren oder eigentlichen [10]. Im

daran zu erinnern, daß dieſer Ausdruck im römiſchen Rechte nur von dem gebraucht wird, welcher ipso jure und mit Rechtsnothwendigkeit Erbe iſt, ſo wie voluntarius oder extraneus heres von dem, welcher erſt durch irgend einen Willensakt die Erbſchaft erwerben muß, aber auch nicht nöthig hat, Erbe zu werden. S. Gaji instit. II. §. 152. 153. Pr. und §. 1. J. *de heredum qualitate et differentia*. L. 3. §. 3. de heredib. inst. (XXVIII. 5.) L. 12. D. *de instit.* (XXVIII. 7.) L. 15. L. 16. L. 20. §. 1. et 2. D. *de acqu. vel om. hered.* (XXIX. 2.) L. 13. D. *de opt. leg.* (XXXIII. 5.) L. 10. §. 10. D. *quae in fraud. cred.* (XLII. 8.) Die Neueren dagegen unterſcheiden einen doppelten Begriff von nothwendigen und willkührlichen Erben: 1) in Beziehung auf die Erwerbung des Erbrechts, wobei der römiſche Begriff zu Grunde liegt; 2) in Beziehung auf das Recht zu erben, wo dann necessarius heres ſo viel als Notherbe, d. h. ein ſolcher iſt, welcher entweder zum Erben eingeſetzt, oder auf förmliche Weiſe von der Erbſchaft ausgeſchloſſen werden muß. (S. Weber zu Höpfners Commentar §. 473. a. not.) In dieſem Sinne wird hier allemal der Ausdruck genommen, wenn nicht auf den römiſchen Begriff beſonders hingewieſen iſt.

9) §. 3. 4. J. de *exheredat. liberor.* L. 1. §. 6. L. 14. §. 1. D. *de bonor. poss. contra tabb.* (XXXVII. 4.) L. 4. D. *de conj. cum emancipato liberis* (XXXVII. 8.)

10) Z. B. von Löhr im Archiv für civiliſt. Praxis Bd. II

weiteren Sinn ſollen Alle ſo genannt worden ſeyn, welche als Deſcendenten in des Erblaſſers Gewalt ſtehen, mögen ſie Notherbenrechte haben, oder nicht. Allein die Stellen, auf welche man ſich hiefür beruft, beweiſen dies nicht. Zwar hat es ſeine Richtigkeit, daß ein Enkel die großväterliche Verlaſſenſchaft ipso jure und als suus heres erwirbt, wenn ſein rechtmäßig enterbter, oder giltig unter einer Bedingung eingeſetzter Vater zwar beim Tode des Teſtirers noch am Leben war, aber ſtirbt, ehe die Bedingung erfüllt iſt, oder bevor der eingeſetzte Erbe die Erbſchaft erworben hat, und dieſer Erwerb nun aus irgend einem Grunde überall nicht erfolgt [11]. Allein darin liegt eine quasi agnatio postumi, [12]) deren Eintritt hier freilich davon

Abh. XIV. S. 198 fgg. (Nr. 9.). Friedr. Adolph Schilling Bemerkungen über römiſche Rechtsgeſchichte. Francke Notherbenrecht §. 2. S. 13. Gegen dieſen weitern oder uneigentlichen Begriff von sui heredes hat ſich in neuerer Zeit wieder erklärt *Fr. Leonh. Ant. L. B. de* Lassberg comment. exhibens observationes ad jus sui heredis praesertim ratione nepotis (Jen. 1821. 4.) §. 18 seqqu.; mit deſſen Gründen ich übrigens nicht durchgängig übereinſtimmen kann.

11) L. 1. §. 8. D. *de suis et legit. heredib.* (XXXVIII. 16.). §. 7. 8. J. *de heredit. quae ab intest. defer.* L. 7. D. *si tabb. test. nullae exstab.* (XXXVIII. 6.). (S. unten Note 57.).

12) S. unten Nr. C. — Schilling beruft ſich auch für ſeinen ſ. g. weitern oder uneigentlichen Begriff von suus heres auf Ulpian Fr. Tit. 22. §. 14., wo die „nurus, quae in manu est filii, quem in potestate habemus“ unter den sui heredes aufgezählt wird. Indeſſen

abhängt, daß der Teſtamentserbe die Erbſchaft nicht erwirbt, wodurch alſo auch das großväterliche Teſtament nicht vernichtet werden kann, da dem Enkel ja jetzt von ſelbſt die Inteſtaterbfolge eröffnet iſt [12a]. Und wenn überdies nicht geläugnet werden kann, daß der Großvater durch teſtamentariſche Einſetzung des ſeiner Gewalt unterworfenen Enkels von einem ebenfalls noch in ſeiner Gewalt ſtehenden Sohne den erſteren zum necessarius heres im paſſiven Sinne machen, d. h. bewirken kann, daß er ipso jure, oder ohne Vermittelung einer Antretungshandlung die Erbſchaft erwirbt [13]: ſo wird ein ſolcher Enkel doch

will man dieſe Stelle durchaus buchſtäblich verſtehen, ſo müßte Ulpian auch geſagt haben, daß alle Kinder in der Gewalt Notherbenrechte hätten. („Sui heredes instituendi sunt, vel exheredandi. Sui autem heredes sunt liberi „quos in potestate habemus“ u. ſ. w.); und das wollen wir ihm doch nicht Schuld geben. Die Schwieger-Tochter in der manus des Sohns iſt aber allerdings als sua heres für den Fall ihres Einrückens als quasi-postuma eben ſo gut zu berückſichtigen, als der Enkel von dem noch lebenden und gleichfalls der Gewalt unterworfenen Sohne. Daran dachte Ulpian ſicher nur.

12a) L. 6. pr. D. *de inj., rupto et irrito facto test.* — Foerster de bonor. poss. liberor. praeteritor. Part. I. p. 37. not. 28. u. p. 97 squ.

13) Vgl. L. 6. §. 5. 6. D. *de acqu. vel omitt. her.* (XXIX. 2.) — Uebrigens wird auch dies von Laßberg a. a. O. §. 20—25. geläugnet. Es iſt wahr, daß der Ausdruck necessarius heres etc. zunächſt auf den enterbten Sohn ſelbſt in der angef. Stelle zu beziehen iſt; nämlich dieſer erwirbt durch ſeinen Sohn (den eingeſetzten Enkel) in dem Moment, wo der Teſtirer ſtirbt und der Enkel alſo ſeines Vaters Gewalt unterworfen wird, die väterliche Erbſchaft ipso jure, wird mithin dadurch necessarius heres, d. h.

nirgends *suus heres* ſeines Großvaters genannt; daß man dieſen Ausdruck aber nicht mit dem necessarius heres im Sinne des römiſchen Rechts für gleichbedeutend halten darf, iſt nicht zu bezweifeln. Ich bleibe alſo bei dem gewöhnlichen Begriffe, wonach unter sui heredes nur die unmittelbar als Deſcendenten der Gewalt des Erblaſſers bei deſſen Tode unterworfenen Perſonen, so wie die dieſen gleichgeſtellten Poſtumen verſtanden werden können [14]. An dieſen Begriff knüpfen die römiſchen Juriſten

Erbe ohne einen beſondern Erwerbsact. Allein daß dies überhaupt möglich ſey, — daß alſo der Enkel ſelbſt sine aditione (wie es in der Stelle heißt) die Erbſchaft erwerben und ſomit ipso jure in das Vermögen ſeines Vaters (dem nach dem Pandektenrecht bekanntlich der ganze Erwerb ſeiner Hauskinder gehörte) dringen könne, wurde doch eben nur dadurch bewirkt, daß der Enkel durch das großväterliche Teſtament die Eigenſchaft eines necessarius heres erhielt. Dies beſtätigt auch deutlich genug der angeführte §. 6. dieſer Stelle, wo es heißt: dieſe Wirkung trete nicht ein, wenn der Teſtirer den zum Erben einſetze, den ſein enterbter Sohn (nämlich nach dem Tode ſeines Vaters aber vor der Erbſchaftsantretung) adoptire: „Nam per eum quis existere necessarius non potest, qui ipse non esset exstiturus." Alſo nur dadurch, daß der eingeſetzte Enkel ſelber des Teſtirers Gewalt unterworfen war, wurde für ihn der Erwerb ipso jure möglich. Laßbergs Idee, daß hierbei an eine exheredatio bona mente gedacht werden müſſe, und der Teſtirer eigentlich beabſichtigt habe, daß ſtatt des Sohnes der Enkel für denſelben erwerbe (§. 25.), zerfällt ſchon dadurch in ſich ſelbſt, daß es ja ganz zwecklos ſeyn würde, Jemanden auf eine Art bona mente zu enterben, wodurch dennoch das Vermögen ſofort nach des Teſtirers Tode der Verfügung des Enterbten unterworfen wird.

14) Gaji instit. II. §. 156. §. 2. J. *de hered. qual. et dif-*

die Vorſtellung eines **Rechts** zu erben (alſo den Begriff des Notherbenrechts); ja ſie erklären die Benennung des suus heres geradezu daraus, daß ein ſolcher gewißermaaßen ein, beim Leben des Erblaſſers ihm ſchon zuſtehendes, Recht nur fortſetze. So ſagt **Gajus**: „Sed *sui* quidem *heredes ideo appellantur*, *quia domestici heredes sunt*, et *vivo* quoque *parente quodammodo domini existimantur* [15]); und noch ausführlicher **Paulus** (Lib. II. ad Sabinum): In suis heredibus evidentius apparet, *continuationem dominii eo rem perducere*, *ut nulla videatur hereditas fuisse*, *quasi olim hi domini essent*, *qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur*. Unde etiam filiusfamilias appellatur sicut paterfamilias — — — Itaque *post mortem patris non hereditatem percipere videntur*, *sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur*. Hac ex causa, licet non sint heredes instituti, tamen domini sunt, nec obstat, quod licet eos exheredare, quos et occidere licebat" [16]). — Die hierauf gegründete und früher ſehr verbreitete Idee neuerer Juriſten [17]), es ſey in der That das Notherben- und das unmittelbare Erwerbs-Recht der sui heredes aus einem Miteigenthume

fer. — **Glück** im 6. Bde. des Commentars §. 536. S. 531.

15) Gaji inst. II. §. 157. — Uebereinſtimmend iſt §. 2. J. *de hered. qual. et diff.*

16) L. 11. D. *h. t.*

17) S. z. B. Galvanus de usufructu dissertat. var. Cap. VIII. Nr. XII. Vinnius ad §. 2. Inst. *de hered. qual. et differ.* Nr. 3. *v. de* Poll de exhered. et praeter. cap. V. et VI.

derſelben an dem Vermögen des noch lebenden Vaters zu erklären, wird jetzt wohl allgemein, und mit Recht, verworfen [18]. Jene Ableitung der römiſchen Juriſten iſt nichts wie eine Hypotheſe, die dem bereits vorhandenen Begriff des suus heres hinzugefügt wurde, um dem förmlichen Enterbungs-Syſteme eine juriſtiſche Grundlage zu geben [19]. Suus heres iſt nicht der gleichſam ſich ſelbſt Beerbende (αὐτοκληρόνομος, wie ihn wohl Cujacius zuerſt genannt hat [20]), ſondern der dem Erblaſſer zunächſt ſtehende, ihm angehörige, der natürliche Erbe, welcher daher auch durch ſeine bloße Exiſtenz, und nicht wie jeder andere (außer einem Sklaven) erſt durch eine beſondere Handlung Erbe wird [21]. Dieſe Erklärung, welche ſich im weſentlichen ebenfalls ſchon bei den römiſchen Juriſten findet [22], ſchließt denn allerdings auch den Begriff eines necessarius heres, als eines ſolchen, der

18) S. Glück Inteſtaterbfolge 2. Aufl. S. 180 fg. Lassberg in der angef. Diſſert. §. 3. — Vgl. auch Ludw. Friedr. Grieſinger Geſchichte und neue Theorie der Suität (Stuttg. 1807) §. 8. S. 33 fg.

19) Vgl. Dirkſen Ueberſicht der bisherigen Verſuche zur Kritik und Herſtellung der Zwölf-Tafelgeſetze S. 353. a. E. fg. — Francke a. a. O. S. 17. 18.

20) S. Cramer in der Zeitſchr. für geſchichtl. Rechtswiſſenſchaft von Savigny u. ſ. w. Bd. I. Abh. XII. S. 300 fg. — Uebrigens bemüht ſich noch Laßberg, zu zeigen, daß auch die Griechen unter dem αὐτοκληρόνομος nur den verſtanden hätten, welcher ipso jure Erbe werde (a. a. O. §. 3. p. 17 squ. Nr. 3.).

21) S. *Ant.* Schulting Jurisprudentia vetus ante — Justinianea p. 106. Note 51.

22) L. 7. pr. D. *de bonis damnator.* (XLVIII. 20.); welche gleichfalls von Paulus iſt.

der ſelbſt wider ſeinen Willen Erbe wird, gewiſſermaßen ſchon in ſich, ohne daß man indeſſen darum den Ausdruck suus heres auf die Hörigkeit eines filius familias, oder darauf beziehen darf, daß ein ſolcher, gleich einer Sache, der Gewalt eines Familienvaters unterworfen war [23]. Denn warum ſollte man alsdann den Ausdruck nicht auch von Sklaven gebraucht haben, die doch ebenfalls necessarii heredes waren [24]? Auch ſteht jener Ausdruck nie allein, wenn von der Verbindlichkeit des suus heres, Erbe zu werden, die Rede iſt, ſondern es wird dieſe Verbindlichkeit alsdann durch einen Zuſatz näher beſtimmt, namentlich durch den Ausdruck suus et necessarius [25].

23) Dies geſchieht von Hugo Geſchichte des römiſchen Rechts, eilfte Aufl. S. 260, dem hier Schweppe folgt, in der röm. Rechtsgeſchichte §. 372. S. 665. (der 3. Aufl. von C. A. Gründler).

24) Gaji inst. II. §. 153 — 155. — §. 1. J. *de hered. qual. et differ.* — L. 18. pr. L. ult. §. 2. D. *de vulg. et pup. subst.* (XXVIII. 6.)

25) Gewöhnlich werden die sui genannt: sui et necessarii, die Sklaven ſchlechthin necessarii (heredes), und dieſe Bedeutung hat ohne Zweifel der Ausdruck bei Gajus, da, wo er von der Zuläſſigkeit der alten usucapio pro herede, gegen den necessarius heres ſpricht. (Inst. II. §. 58.) Vgl. L. 2. C. *de usuc. pro her.* (VII. 29.) Ed. Gans Scholien zum Gajus S. 260. — Theophilus äuſſert ſich ſogar ſo hierüber, als ob der Ausdruck necessarius nur für Sklaven gebraucht worden ſey, die sui dagegen ſtets *sui necessarii* genannt worden ſeyen. (Paraphr. Inst. ad Tit. *de hered. qual. et differ.* (Pr. §. 1. u. §. 2.). Indeſſen heiſſen auch die sui ein und das andere Mal ſchlechthin: necessarii; ſo z. B. L. 20. §. 1. D. *de acquir. vel omitt. her.*

Eine Beſtätigung des obigen Satzes nun, daß suus heres nicht einen Menſchen bedeutet, der bereits beim Leben des Erblaſſers ein Recht an dem Vermögen hat, und darum nicht willkührlich ausgeſchloſſen werden darf, liegt auch darin, daß von dem *Suus* ſchon im Zwölftafel-Geſetz geſprochen wird[26]). Es iſt aber wenigſtens im hohen Grade wahrſcheinlich, daß die XII. Tafeln ein Notherbenrecht überall noch nicht kennen; das in dieſem Geſetzbuche anerkannte freie Verfügungsrecht eines Teſtirers[27]) läßt ſich damit nicht vereinigen, ohne zu den willkührlichſten Vorausſetzungen ſeine Zuflucht zu nehmen[28]). Auch findet ſich ein ſehr beſtimmtes Zeugniß

26) *Ulpiani* Fragm. Tit. XXVI. §. 1. (S. unten Note 28. und vergl. Dirkſen's Werk über die Zwölftafelgeſetze Cap. 11. S. 343 — 346).

27) *Ulpiani* Fragm. Tit. XI. §. 14. L. 120. D. *de verb. sign.* — S. auch Cicero de orat. I. c. 57. in f. (S. unten Note 28. und Dirkſen a. a. O. S. 320 — 324). Vgl. Bd. XXXIV. des Commentars §. 1407. a. Note 100.

28) So meint z. B. Galvanus (de usufr. cap. VIII. Nr. XIII. fg.): weil das Zwölftafelgeſetz ſage: Si intestato moritur, *cui suus heres nec sit*, adgnatus proximus familiam habeto (nach Gothofredus und Dirkſen in der fünften Tafel), ſo könne das: uti legassit — suae rei, ita jus esto (ebendaſ.) auch nur von dem Falle verſtanden werden, wenn keine sui heredes vorhanden ſeyen. Es iſt wahr, daß das Geſetz die Suos nicht eigentlich zur Erbſchaft ruft, ſondern ſtillſchweigend vorausſetzt, daß ſie Erben ſeyn werden (Dirkſen a. a. O. S. 353 fg.); es iſt auch ſelbſt nicht unwahrſcheinlich, daß dieſe Form der Verfügung durch das unmittelbare Erwerbsrecht derſelben veranlaßt ſey; allein das Geſetz ſpricht ja ausdrücklich nur von der Inteſtaterbfolge, und was darüber hier geſagt wird, kann unmöglich das in einer andern Vorſchrift anerkannte freie Verfügungs-

dafür in unſeren Rechtsquellen, daß dieſe Verfügungs=freiheit erſt ſpäter eingeſchränkt ſey: L. 120. D. *de Verb. Signif.* (*Pompon.* Lib. V. ad *Qu. Mucian.*) „Verbis legis duodecim tabularum his: uti legassit suae rei, ita jus esto, latissima potestas tributa videtur, *et heredes instituendi*, et legata et libertates dandi, tutelas quoque constituendi: sed id interpretatione coangustatum est vel legum, vel auctoritate jura constituentium"[29]. Es iſt gewiß ſchwer

recht der Teſtirer einſchränken ſollen. Auch leiten die juriſtiſchen Klaſſiker und andere Rechtsquellen, welche nicht die Geſetzesworte ſelbſt, ſondern nur den Inhalt der geſetzlichen Dispoſition referiren, das Inteſtaterbrecht der sui heredes und das der Agnaten aus gleicher Quelle ab. S. §. 1. J. *de hered. quae ab int.* — Collat. Legg. mosaic. et Rom. Tit. XVI. §. 2. 3.; ſo ſagt namentlich Paulus in der letztern Stelle: „Intestatorum hereditas *Lege XII. tabularum* primum *suis heredibus*, deinde agnatis —— deferebatur." Vollends unbeſtimmt, oder vielmehr nichts ſagend, wird das *uti legassit* u. ſ. w. nach der Erklärung von Winkler (de lege Jun. Vellej. §. VII.; opusc. Vol. I. p. 266 squ.). Er meint: das freie Verfügungsrecht der Teſtirer ſey ja auch überall nicht eingeſchränkt, wenn es ihnen frei geſtanden habe, ihre Kinder einzuſetzen oder zu enterben. — Etwas anders drückt dieſelbe Meinung aus *C. G.* Tilling (Pr. *Chr.* Rau) de postumis heredib. instit. vel exhered. Sp. I. (Lips. 1790.) p. 30 sqq. Der Teſtirer habe zwar verfügen können, wie er gewollt, aber ein bloßes Stillſchweigen ſey keine Verfügung; wenigſtens habe er alſo doch ſeine suos heredes enterben müſſen. S. überhaupt noch *Ant.* Schulting in Jurisprudentia ante-Justin. p. 638. Note 39. und vgl. Grieſinger Geſch. der Suität. S. 63 fg. Note i.

29) „Sed id vel auctoritate legum coangustatum est, vel interpretatione jura constituentium," heißt es in der

zu ſagen, welche Einſchränkungen in Beziehung auf die latissima potestas *heredis instituendi* hier gemeint ſeyn könnten, wenn man dieſe Aeußerung nicht auf das ſpäter erſt eingeführte Notherbenrecht beziehen will[30].

Wann übrigens dieſe Aenderung eingetreten ſey, läßt ſich mit Beſtimmtheit nicht ermitteln. Daß ein Notherbenrecht der sui heredes im Ganzen ſchon zur Zeit Cicero's anerkannt wurde, darf man aber wohl annehmen, eines Theils, weil das prätoriſche Edict, welches eine Erweiterung deſſelben enthielt, damals ſchon exiſtirte[31], anderen Theils aber machen dies verſchiedene

Note des Ruſſardus. Andere Verſetzungen ſind von Cramer in deſſen Ausg. des Titels de verb. sign. (Kil. 1811) angeführt. — Cod. Merseb. hat bei der gewöhnlichen Wortſtellung die ganz ſinnloſe Lesart *auctoritatem.*

30) Galvanus (l. l. cap. IX.) glaubt zwar, daß man als den Hauptzweck der geſetzlichen Diſpoſition die Ausſchließung des filiusfamilias von der ſ. g. aktiven Teſtamentifaktion anzuſehen habe, und die von Pomponius gedachten Erweiterungen ſich auf die ſpäter einem Hausſohne geſtattete Befugniß, über ſein peculium castrense und quasi castrense zu teſtiren, beziehen. Zur Widerlegung dieſer Idee wird indeſſen die Bemerkung genügen, daß das Wort *paterfamilias* (vor *uti legassit*) gar nicht im Geſetze vorkam, wie Galvanus freilich mit den meiſten ſeiner Zeitgenoſſen annimmt, wovon aber jetzt wohl das Gegentheil als völlig erwieſen gelten kann. S. Bd. XXXIV. des Commentars §. 1407. a. S. 98 fgg.

31) Dies darf ſicher angenommen werden, wie man auch über den urſprünglichen Zweck der contra tabulas bonorum possessio denken mag, da Cicero an mehreren Orten (Or. in Verrem I. c. 44. 45. Top. c. 4.) der secundum tabulas b. p., die doch wohl nicht älter iſt als die contra tabulas b. p. (Gajus II. §. 119. Hugo Rechtsgeſchichte

bei Cicero vorkommende Rechtsfälle wenigſtens wahrſcheinlich. So namentlich der in der Schrift de Oratore (I. 38.) erzählte. Ein Vater hatte auf die falſche Nachricht, daß ſein bei der Armee befindlicher Sohn geſtorben ſey, ein neues Teſtament errichtet und darin einen Dritten zum Erben eingeſetzt: „Res delata est ad centumviros, cum miles domum revenisset, egissetque lege in hereditatem exheres filius. *Nempe in ea causa quaesitum est de jure civili, possetne paternorum bonorum exheres esse filius, quem pater testamento neque heredem, neque exheredem scripsisset nominatim*“[32])? Daß der Zweifel hier den Grundſatz betroffen habe, geht aus dieſer Relation keineswegs hervor, ſondern nur darüber ſcheint geſtritten worden zu ſeyn: ob nicht die beſondern Umſtände des Falles die Anwendung des ſtrengen jus civile anſchlößen[33]). Hiernach wäre denn alſo die (verneinend entſchiedene[34])) Frage geweſen: gilt das Teſtament, obgleich der Sohn weder namentlich eingeſetzt noch enterbt iſt? Daß dieß eigentlich geſchehen mußte, wurde dabei wohl ſchon ſtillſchweigend vorausgeſetzt. — Indeſſen mag das jus in thesi zu der Zeit immer noch nicht ganz feſt geſtanden, oder doch

S. 581. d. eilften Aufl.), als eines vollkommen ausgebildeten Inſtituts erwähnt. — S. auch Förster de bonorum possessione liberor. praeteritor. contra tabulas parentum, p. 25.

32) S. Schilling's Bemerkungen über Rechtsgeſch. S. 189 fg.

33) Wie dies ja in ähnlichen Fällen ſpäter die Kaiſer annahmen. Vgl. Bd. XXXV. des Comment. §. 1421. e. S. 380—387.

34) *Valer.* Maximus memorabil. Lib. VII. c. VII. Nr. 1. — Bd. XXXV. des Commentars §. 1421. a. S. 144. Note 100. §. 1421. e. S. 386. Note 95.

wenigſtens darüber noch ein Zweifel ſtatt gefunden haben: ob Einſetzung oder namentliche Enterbung eines Hauskindes zur Giltigkeit des Teſtaments erforderlich ſey[35]. — Eine andere hieher gehörige Aeußerung findet ſich in dem ſieben und funfzigſten Kapitel deſſelben Buchs der Schrift *de Oratore*: „Num quis eo testamento, quod paterfamilias ante fecit, quam filius ei natus est, hereditatem petit? *nemo, quia constat agnascendo rumpi testamentum.*“ Daß mithin ein postumus durch ſein Erſcheinen das Teſtament von ſelbſt aufhob, und dies damals bereits ſo feſt ſtand, daß es einem Teſtamentserben nicht einmal in den Sinn kommen konnte, ein ſolches Teſtament für ſich geltend zu machen, ergiebt ſich hieraus mit völliger Gewißheit[36]. Uebrigens iſt mit großer Wahrſcheinlichkeit anzunehmen, daß nachgeborne und verſchollene Kinder die erſte Veranlaſſung zur Einführung eines Notherbenrechts wurden. Wie leicht konnte ein Vater durch Unwiſſenheit oder Irrthum in Anſehung der Exiſtenz ſolcher Kinder veranlaßt worden ſeyn, ihrer im Teſtamente nicht zu gedenken. Das Centumviralgericht glaubte daher auch nur im Sinne des Teſtirers zu verfahren, wenn es ihnen die väterliche Erbſchaft zuſprach. Eine Erklärung hierüber im Teſtamente war das einfachſte und ſicherſte Mittel, Jeden zu überzeugen, daß der Teſtirer mit Vorbedacht gehandelt habe. Um alſo ſeinen letzten Willen gegen Anfechtung zu ſichern, gewöhnte man ſich daran in den Teſtamenten auf nach-

35) Vgl. Bluntſchli Erbfolge gegen den letzten Willen S. 19 fg.

36) S. auch Cic. orat. pro Caecina cap. 25. — „Hoc non potest: cui filius agnatus sit, ejus testamentum non esse ruptum.“

geborne und abweſende Kinder Rückſicht zu nehmen, — ſie einzuſetzen, oder auszuſchließen. So erwuchs hieraus allmählig eine Verbindlichkeit, welche ſich denn freilich nicht auf Poſtumen und todt geglaubte Kinder beſchränken konnte [37]. — Daß dies der Entwickelungsgang des Notherbenrechts geweſen ſey, wird dadurch bedeutend unterſtützt, daß früher auch ſelbſt Söhne nur inter ceteros enterbt werden durften [38], alſo eine allgemeine Erwähnung derſelben genügte, weil ſich hieraus allenfalls ſchon die Ueberzeugung entnehmen ließ, der Teſtirer ſey nicht durch Irrthum und Vergeſſenheit veranlaßt worden, ſeine Kinder von der Erbſchaft auszuſchließen [39]. Und als das Notherbenrecht ſchon vollkommen ausgebildet da ſtand, und nur Soldaten daran nicht gebunden waren, galt doch die ſtillſchweigende Uebergehung eines Kindes ſelbſt in dem Teſtamente eines Soldaten nicht, wenn der Vater deſſen Exiſtenz nicht gekannt hatte, und daher rumpirte auch ein nach ſeinem Tode erſt gebornes Kind das Teſtament, wenn er über die Schwangerſchaft ſeiner Frau in Unwiſſenheit geweſen war; gegen eine ſolche blos zufällige

37) *A.* Schulting ad Ulpiani Fragm. Tit. XXII. §. 14. not. 39. und *ejusd.* Diss. de testamentis rescissis, in comment. acad. Vol. I. p. 275. — Foerster l. l. p. 25. in f., p. 26.

38) L. 4. pr. C. *de liber. praeter.* (VI. 28.) — „Scimus etenim, antea simili modo et *filium*, et filiam, et alios omnes *inter ceteros exheredatos scribere esse concessum.*“

39) Freilich konnte dieſer Schluß auch wohl trügen: um hierin alſo ſicher zu gehen, erforderte man ſpäter, daß die inter ceteros Enterbten durch ein, wenn auch nur kleines Legat bedacht würden. *Ulpiani* Fragm. Tit. XXII. §. 21. 22.

Präterition mußte das Kind und der Teſtirer ſelbſt geſchützt werden[40].

Wenden wir uns jetzt zu den einzelnen Arten der sui heredes. — Die Römer unterſcheiden hier die eigentlichen sui, d. h. Deſcendenten, die der Gewalt des Erblaſſers unmittelbar unterworfen ſind, — gleichviel übrigens, ob leibliche oder Adoptiv-Kinder, — ob Kinder erſten Grades, oder Enkel, Urenkel u. ſ. w.[41] — von denen, qui liberorum s. suorum loco sunt, von welchen es auch heißt: quasi sui sunt[42]; dies waren die Ehefrau in manu mariti, welche als deſſen Haustochter, mithin als agnatiſche Schweſter ihrer Kinder betrachtet wurde, — und die in der manus eines filiusfamilias befindliche Schwiegertochter, die hier als Enkelin ihres Schwiegervaters galt[43]. Sodann werden den zur Zeit des Teſta-

40) L. 33. §. 2. L. 36. §. 2. D. *de test. milit.* (XXIX. 1.) L. 9. L. 10. C. *eod.* (VI. 21.)

41) *Gaji* inst. II. §. 156. III. §. 2. — §. 2. J. *de hered. qual. et differ.* §. 2. J. *de hered. quae ab int.*

42) *Gaji* inst. II. §. 139. in f. und §. 159. — §. 3. J. *de SCto Tertull.* — Dirkſen Beiträge zur Kunde des römiſchen Rechts (Leipzig 1825) S. 249. Note 3. a. — Freilich paßte der urſprüngliche Begriff von Quasi-Suis zu Juſtinians Zeit nicht mehr; daher muß man die im §. 3. J. *de SCto Tertull.* gedachten Perſonen „qui suorum loco sunt" auf diejenigen beziehen, von denen Ulpian Fragm. Tit. XXVI. §. 8. ſagt: *inter suos heredes ad bonorum possessionem* a Praetore vocantur. — *Ed.* Schrader in der von ihm veranſtalteten Ausgabe der Inſtitutionen (Berol. 1832. 4.) ad §. cit.

43) *Gaji* inst. II. §. 139. („Idem juris est, si cui post factum testamentum uxor in manum conveniat, *vel quae in manu fuit, nubat*; nam eo modo filiae loco esse in-

ments ſchon vorhandenen sui heredes die postumi sui entgegen geſetzt, d. h. diejenigen, welche erſt nach errichtetem Teſtamente in die unmittelbare Gewalt des Teſtirers kommen, oder gekommen ſeyn würden, falls derſelbe noch am Leben wäre [44]. Auch hier unterſchied man wie-

cipit, et quasi sua est.“ Die Worte: *quae in manu fuit*, *nubat*, ſind von einem Falle zu verſtehen, wo eine in manum conventio ohne Ehe vorausgegangen war, und hinterher erſt die Ehe erfolgte. Jene — die Eingehung einer Scheinehe — erfolgte bisweilen gewiſſer, hier nicht näher zu erörternder Zwecke halber — worüber nachzuſehen iſt *Gajus* inst. I. §. 114 sqq.; — hatte aber dann nicht die Wirkung, daß die Frau sua heres ihres Mannes wurde. S. Foerster l. l. p. 99 squ. *Gaji* inst. II. §. 159. III. §. 3. *Ulpiani* Fragm. Tit. XXII. §. 14. — Vgl. *A.* Gellii noct. atticae Lib. XVIII. cap. 6.

44) *Gaji* inst. III. §. 4. (§. 2. in f. J. *de hered. quae ab int.*) *Ulpiani* Fragm. XXII. §. 15. L. 3. §. 1. D. *de injusto etc. test.* (XXVIII. 3.) L. 13. *eod.* L. 8. D. *de test. milit.* (XXIX. 1.) L. 29. D. *h. t.* — Bekanntlich leiten die Alten den Namen postumus davon ab, daß urſprünglich darunter ein nach des Vaters Tode gebornes Kind verſtanden worden ſey (Gellius noct. att. Lib. II. c. 16. Brisson de V. S. *h. v.* pr. Schulting in Jurisprudentia ante-Justinianea p. 99. Note 16.), und daher iſt denn die Ableitung bei Isidorus (orig. Lib. IX. c. v.; in auctt. lat. Arg. p. 1055.) entſtanden: „Postumus vocatur eo, quod *post humationem* (nach der Beerdigung) geboren wird. Andere finden in dem Worte nur den Superlativ von posterus, alſo = postremus, (Cujacii observat. Lib. III. cap. 4. Finestres de postum. hered. inst. c. 1. §. 4 — 7. in prael. Cervariens. p. 167 — 170. Schweppe Rechtsgeſch. §. 372. Note 7.), wofür man ſich allenfalls auch auf L. 3. §. 3. D. *de inj. etc. test.* berufen könnte, falls die Florentiniſche Lesart (— „aliam causam

der die eigentlichen postumi von denjenigen welche, postumorum loco ſind, oder „jura suorum heredum quasi

esse filiorum superstitum, aliam *posteriorum*“) für richtig gehalten werden dürfte. Doch iſt dies ſchwerlich der Fall (ſ. die Marginal-Bemerkung von *A.* Contius in ſeiner Ausg. des corp. jur. zu dieſer Stelle), und überhaupt ſ. m., was Hugo gegen dieſe Ableitung erinnert in der eilften Ausg. ſ. Rechtsgeſchichte S. 249. Z. 21 fgg. — Uebrigens fehlt es an einem dem Begriffe entſprechenden deutſchen Ausdrucke. Der Name Nachkinder, welcher in der deutſchen Ueberſetzung des corpus juris vorkommt, iſt an ſich gut gewählt; doch pflegen wir an weniger dabei zu denken, als was in dem fremden Worte, welches nun einmal eine techniſche und weit umfaſſende Bedeutung angenommen hat, liegt. Bluntſchli gebraucht das Wort Afterkinder, wofür er ſich auf Jac. Grimms deutſche Grammatik, zweiten Theil S. 710. beruft. Die Annahme dieſes Worts hat aber wohl mehr als einen Grund wider ſich, und daß es im Neuhochdeutſchen gebräuchlich ſey, wie Grimm allerdings anzudeuten ſcheint, kann ſchwerlich zugegeben werden. — Es muß aber auch noch daran erinnert werden, daß der suus postumus, wovon hier die Rede iſt, dem alienus entgegen geſetzt wird, d. h. dem, welcher nicht in einer ſolchen Beziehung zu dem Erblaſſer gedacht wird, daß er unmittelbar deſſen Gewalt unterworfen ſey, mag er ihm übrigens auch noch ſo nahe verbunden ſeyn.“ §. 26. Inst. *de legat.* (Ueber die Abtheilung der Worte: „qui natus, inter suos heredes futurus non est“ ſiehe Theophili Paraphr. ad h. l.; *Ant.* Merendae controv. jur. civil. Lib. XV. c. 1. §. 8. Schrader in not. ad h. l. Es iſt daher wenigſtens nicht genau ausgedrückt, wenn Alexander (bei Schulting in den Noten zu Gaji epitome inst. p. 98. not. 15.) ſagt: „inepta est eorum opinio, qui ajunt, alienum esse postumum, qui ex filio in potestate nascitur; *is enim suus est*“). Dies iſt blos alsdann der Fall, wenn er zur Zeit des deferirten

agnatione nanciscuntur“ [45]). Eigentliche postumi ſind Deſcendenten, welche das jus sui heredis unmittelbar durch ihre Geburt erlangen, nämlich Kinder und Enkel,

Erbrechts in des ihm vorgehenden Aſcendenten Stelle eingerückt iſt; ſonſt iſt er immer als alienus anzuſehen. L. 4. §. 1. D. *de bon. possess. contra tabulas* (XXXVII. 4.). S. auch Bachov ad §. 25. Inst. *de legat.* Nr. 1. Vinnius ebendaſ. Nr. 2.). — Einige nennen die Poſtumen, welche zwar zur Zeit der Teſtamentserrichtung nicht als sui betrachtet werden, wohl aber ſpäter Suitätsrechte durch Einrücken an die Stelle eines ihnen Vorgehenden erhalten können (z. B. die Enkel von einem lebenden und der Gewalt unterworfenen Sohn): *mixti postumi.* M. ſ. hierüber Tilling in der gleich nachher anzuführenden Schrift Sp. I. p. 14. — Ueberhaupt ſ. m. (auſſer den unten bei der L. *Gallus* 29. D. *h. t.*) beſonders anzuführenden Schriften) über die Poſtumen, deren Einſetzung und Enterbung: *Luc. v. de* Poll de exheredatione et praeteritione cap. X — XVI. *Jos.* Finestres diatriba de postumis et qui postumorum loco sunt heredibus instituendis vel exheredandis (in *ejusd.* praelectiones Cervarienses p. 165 — 225.). *C. G.* Tilling de postumis heredibus instituendis vel exheredandis. Sp. I. (Lips. 1790. 4.) et II. ibid. 1794. (eine zwar vielfach angeführte, aber nicht eben bedeutende Schrift). Foerster de bonorum possessione etc. Part. I. cap. III. p. 92 — 133. (durch Vollſtändigkeit und Klarheit ausgezeichnet, wenn er ſich gleich auf eine eigentliche Erklärung der L. 29. cit. nicht einläßt. — In der angef. Schrift von Bluntſchli handelt hiervon der §. 7, in der von Francke der §. 3.

45) *Gaji* inst. II. §. 133. (L. 13. D. *de inj., rupto, irrito facto testamento.* §. 2. J. *de exhered. liberor.*; *Ulpiani* Fragm. Tit. XXIII. §. 3. — Dirkſen Beiträge zur Kunde des röm. Rechts. S. 249. Note 3. a. a. E. — Vgl. auch Foerster l. l. p. 96 squ. not. 6.

wenn die letzteren zu einer Zeit geboren werden, wo ihr Vater entweder bereits geſtorben, oder auf andere Weiſe (etwa durch Emancipation), aber nach bereits eingetretener Schwangerſchaft ſeiner Ehegattin, aus der väterlichen Gewalt herausgegangen iſt[46]. Doch wird erfordert, daß ein nachgeborenes Kind bereits beim Leben des Erblaſſers concipirt[47], auch noch vor Ablauf des zehn-

46) §. 7. J. *quib. mod. jus pat. potest. solvitur.* — Vgl. *Gaji* inst. §. 135.

47) §. 8. J. *de hered. quae ab int.* (— — „si et conceptus et natus fuerit post mortem avi, mortuo patre suo, desertoque postea avi testamento, suus heres avo non existat, *quia nullo jure cognationis patrem sui patris tetigit*"). L. 1. §. 8. D. *unde cognati.* (XXXVIII. 8.) L. 6. et 7. D. *de suis et legitimis* (XXXVIII. 16.) — „Qui post mortem avi sui concipitur, is neque legitimam hereditatem ejus tanquam suus heres, neque bonorum possessionem tanquam cognatus accipere potest, quia lex duodecim tabularum eum vocat ad hereditatem, *qui moriente ejus, de cujus bonis quaeritur, in rerum natura fuerit; vel si vivo eo conceptus est, quia conceptus quodammodo in rerum natura esse existimatur.*" — L. 6. pr. D. *de inj., rupto, irrito test.* (XXVIII. 3.). L. 3. D. *de bon. poss. sec. tab.* (XXXVII. 11.). L. 30. §. 1. C. *de inoff. test.* (III. 28.). — Darauf, ob der Postumus ſchon zur Zeit der Teſtamentserrichtung concipirt iſt, kommt natürlich nichts an. S. Finestres l. l. §. 13. — Die Frage übrigens: ob die in der angeführten Stelle enthaltene Vorſchrift noch anwendbar ſey: kann eigentlich gar nicht aufgeworfen werden, wenn von Notherbenrechten eines Poſtumus die Rede iſt, weil er dieſe überhaupt nie erhalten kann, ſobald beim Tode des Teſtirers ein ihm vorgehender Notherbe vorhanden iſt. In Beziehung auf geſetzliches Erbrecht könnte dies allerdings in dem oben (ſ. Note 11. und den dazu gehörigen Text) er-

ten Monats nach dem Tode ſeines Vaters zur Welt gekommen ſey[48]. — Zu der zweiten Klaſſe der posumi (den ſog. quasi postumis) gehören:

A) Kinder, welche auf künſtliche Weiſe in die Familie gekommen ſind. Alſo die von dem Erblaſſer nach dem Teſtamente adoptirten, adrogirten oder legitimirten Kinder[49]. Aber auch die auf dieſe Weiſe in die Familie wieder zurück gekommenen Kinder — alſo die emancipirten oder in Adoption gegebenen, und hinterher wieder adoptirten — wurden nach dem alten Civilrecht als quasi postumi behandelt, d. h. es wurde ein bereits errichtetes Teſtament des Vaters dadurch aufgehoben. Dafür fehlt es zwar an einem ausdrücklichen Quellenzeugniſſe. Allein

wähnten Falle zur Sprache kommen. Allein ihre hauptſächlichſte praktiſche Bedeutung beſchränkt ſich auf die rechtliche Möglichkeit, postumos alienos einzuſetzen, auch ſolche, die beim Tode des Erblaſſers noch nicht concipirt ſind, z. B. die Kinder eines Mannes, welcher damals vielleicht noch nicht einmal verheirathet war. Davon nun wird unten in dem Titel *de heredib. instit.* §. 1442. gehandelt werden. Inzwiſchen ſ. m. meine doctrina Pand. Vol. III. §. 618. not. 2.

48) L. 3. §. 11. D. *de suis et legit. hered.* (XXXVIII. 16.). L. 29. pr. D. *h. t.* L. 4. C. *eod.* (VI. 29.) — S. meine doctrina Pand. Vol. I. §. 205. not. 6.

49) *Gaji* inst. II. §. 138. §. 140. *Ulpiani* Fragm. XXIII. §. 3. — §. 2. J. *quib. mod. infirm. test.* L. 8. D. *de test. mil.* (XXIX. 1.). §. 2. J. *de hered. quae ab int.* — Eine Einſchränkung dieſes Rechts in Anſehung der Kinder, welche durch die erroris causa probatio Familienrechte erlangt hatten, trägt ſchon *Gajus* vor, inst. II. §. 142. (Foerster l. l. p. 101 squ. Nr. 6.). Es wird dies weiter unten an ſeinem Orte wieder zur Sprache kommen.

eines Theils brachte dies die juriſtiſche Conſequenz mit ſich, da die Wiederherſtellung der durch die capitis deminutio aufgehobenen Familienrechte nicht geringere Wirkungen haben kann, als die Ertheilung der überall noch nicht ſtatt gehabten; andern Theils galt dieſe Wirkung ſogar für den Sohn, welcher auf Veranlaſſung ſeiner Emancipation von dem ſog. pater fiduciarius aus dem erſten und zweiten mancipium manumittirt wurde, indem er dadurch wieder in die Gewalt ſeines natürlichen Vaters zurück kam [50]); doch war ſchon zur Zeit der juriſtiſchen Klaſſiker die Wirkung dieſer quasi agnatio postumi eingeſchränkt. Denn die Einſetzung eines Menſchen, den der Teſtirer ſpäter adoptirte, wurde aufrecht erhalten [51]), und die ſonſt giltige Enterbung eines emancipirten oder in Adoption gegebenen Kindes blieb zu recht beſtändig, auch nachdem daſſelbe wieder adoptirt oder von dem Adoptiv-Vater wieder emancipirt war [52]).

B) Auch die Ehegattin und die Schwiegertochter wurden den quasi postumis beigezählt, wenn nämlich

50) *Gaji* inst. I. §. 132. II. §. 141. *Ulp.* Fragm. XXIII. §. 3. *Paulus* in der collat. Mosaic. et Rom. legum, Tit. XVI. §. 3. verb. *Post mortem patris natus* etc. — Foerster l. l. p. 100. Nr. 4. — Ohne allen Grund beſchränkt Glück (Inteſtaterbfolge S. 193. Nr. V. d. 2. Aufl.) dies auf den Fall, wenn der Sohn nach dem Tode des Vaters aus der erſten und zweiten Mancipation manumittirt wurde.

51) L. 18. D. *de. inj.* etc. *test.* L. 23. §. 1. D. *h. t.*

52) L. 23. pr. L. 28. §. 1. in f. D. *h. t.* L. 8. §. 10. D. *de bon. poss. contra tabb.* (XXXVII. 4.). — Alle dieſe Einſchränkungen werden unten, am Schluß der Unterſuchung über die L. 29. D. *h. t.* genauer erwogen werden.

nach dem Teſtamente des Mannes oder Schwiegervaters eine Ehe mit manus eingegangen war[53].

Ferner

C) gehören hieher die Fälle der successio in suorum heredum locum. So oft nämlich ein suus heres vor dem Tode des Erblaſſers, oder doch ehe noch das Teſtament in Wirkſamkeit getreten iſt, wegfällt, tritt an deſſen Stelle der durch ihn in derſelben Linie Ausgeſchloſſene; ſo an die Stelle des Sohnes der Enkel oder die Schwiegertochter[54]. — Hiermit ſteht nun die bekannte Regel, daß es in dem Ordo suorum keine successio gebe[55], nicht in Widerſpruch. Die Anwendung dieſer Regel ſetzt nämlich den Fall voraus, daß einem suus die Erbſchaft deferirt iſt und dieſer abſtinirt; hier kann der auf ihn folgende natürlich nicht als suus eintreten, da es ja bei den suis heredibus überall keine Grade giebt, ſondern in jeder Linie immer nur die unmittelbar der väterlichen Gewalt unterworfenen Individuen sui ſind[56]. Wer

53) S. die oben Note 43. angeführten Stellen, denen hier noch wieder beizufügen iſt *Ulp.* Fragm. XXIII. §. 3.

54) L. 29. pr. §. 1 — 5. D. *h. t.* — *Gaji* inst. III. §. 6. — Foerster l. l. §. 36. p. 104 sqq.

55) Dieſe Regel iſt theils in dem allgemeinen Satze enthalten: *in legitimis hereditatibus successio non est.* (Ulp. Fragm. XXVI. §. 5. in f. Pauli sent. rec. IV. Tit. 8. §. 23.), theils wird ſie auch wörtlich in den unten (Note 57.) anzuführenden Stellen ausgedrückt, nämlich bei Gelegenheit der Erörterung von Fällen, welche ſcheinbar eine Abweichung von derſelben enthalten.

56) Hierüber iſt auch gar kein Streit möglich; ob aber ein Descendent des abſtinirenden suus durch die Miterben deſſelben jure accrescendi ausgeſchloſſen werde, oder ob er nicht

alſo zur Zeit der deferirten Erbſchaft nicht suus heres iſt (oder es geweſen wäre, falls er damals ſchon exiſtirt hätte), kann es in Beziehung auf dieſen Erblaſſer auch nie werden. Da aber das Suitätsrecht eigentlich erſt mit dem Zeitpunkte des deferirten Erbrechts in Wirkſamkeit tritt, ſo giebt es bis dahin auch eine agnatio postumorum, d. h. es kommt nicht darauf an, wer bis zu dieſem Zeitpunkt suus heres war, ſondern wer es alsdann iſt, wenn die Erbſchaft deferirt wird, und dieſe agnatio oder quasi agnatio postumi wird in unſern Rechtsquellen denn auch wohl als ein succedere in suorum locum bezeichnet[57]).

nach dem Geiſte des neueren Rechts mit dieſen an die Stelle ſeines Vaters ab intestato erbe? iſt eine Frage, die nicht von Allen auf gleiche Art beantwortet wird. Die Meiſten halten ihn für ausgeſchloſſen (ſ. Glück Inteſtaterbf. §. 150. S. 573 fg. Note 18.); gegen dieſe Meinung hat ſich neuerdings erklärt Francke Beiträge zur Erläuterung einzelner Rechtsmaterien Abh. VIII. S. 167 fgg., deſſen hauptſächlichſtes Argument ich zu widerlegen bemüht geweſen bin in der doctrina Pand. Vol. III. §. 631. not. 7. (ed. 3.).

57) §. 7. und 8. J. *de hered. quae ab int.* „Cum autem quaeritur, an quis suus heres existere possit, eo tempore quaerendum est, quo certum est, aliquem sine testamento decessisse, quod accidit et destituto testamento; hac ratione, si filius exheredatus fuerit, et extraneus heres institutus est, et filio mortuo postea certum fuerit, heredem institutum ex testamento non fieri heredem, aut quia noluit esse heres, aut quia non potuit, nepos avo heres existet; quia, quo tempore certum est intestatum decessisse patremfamilias, solus invenitur nepos. — Et licet post mortem avi natus sit, tamen avo vivo conceptus, mortuo patre ejus, posteaque deserto avi testamento suus heres efficitur." —

Endlich

D) liegt auch eine agnatio postumorum darin, daß Enkel durch den Tod ihres Großvaters in die Gewalt ihres Vaters fallen. Zwar konnte der Vater, ſo lange er ſelbſt der väterlichen Gewalt unterworfen war, nur ein testamentum militare machen, wobei er an die Nothꝛerbenrechte nicht gebunden war [58]. Allein das Vorrecht des militairiſchen Teſtaments hörte ein Jahr nach der Entlaſſung aus dem Militair auf [59], und darum entſcheidet Tryphonius die Frage: „Quum militare desiisset (filiusfamilias), patre eodemque *avo* defuncto, quaesitum est, an rumperetur ejus testamentum“? mit Recht bejahend [60].

L. 1. §. 8. D. *de suis et legit.* (XXXVIII. 16.) — „Sciendum est autem, nepotes, et deinceps interdum, etiam si parentes eos mortis tempore praecesserunt, tamen posse suos heredes existere, *quamvis successio in suis heredibus non sit.* Quod ita procedit“ u. ſ. w. Hier folgt nämlich das obige Beiſpiel mit dem hinzugefügten Grunde: „*quoniam nec delata est filio hereditas.*“ Daran ſchließt ſich denn das Beiſpiel: wenn der Sohn unter einer Poteſtativ-Bedingung eingeſetzt iſt und vor der Erfüllung dieſer Bedingung ſtirbt, wonächſt dann ſo fortgefahren wird: „dicendum est, *suos posse succedere*, si modo mortis testatoris tempore vel in rebus humanis vel saltem concepti fuerint; *idque* et *Juliano et Marcello placet.*“ Unbeſtritten war alſo die Sache nicht, wie ſich dies noch deutlicher aus der L. 7. D. *si tab. test. nullae exstab. unde liberi* (XXXVIII. 6.) ergiebt. — Vgl. Glück Inteſtaterbfolge §. 55. S. 188.

58) §. 6. Inst. de *exhered. liberor.* L. 7. L. 8. D. *de test. milit.* (XXIX. 1.)

59) L. 21. 26. L. 38. §. 1. D. *de test. milit.*

60) L. 28. §. 1. D. *h. t.* (— „Non quidem adoptavit, nec

Ob nun aber ſchon nach dem Rechte der XII. Tafeln alle obgenannten Perſonen Suitäts-Rechte gehabt haben? iſt ſehr beſtritten. Grieſinger läugnet dies, ja er glaubt, daß der Begriff und das Recht eines suus heres ſich urſprünglich auf die beim Tode des Erblaſſers bereits gebornen Söhne eingeſchränkt hätten[61]. Von den dafür angeführten Gründen kommt wohl am wenigſten der in Betracht, daß nur Söhne nominatim enterbt werden durften, bei Enkeln und Töchtern dagegen auch eine exheredatio inter ceteros galt, ja ſelbſt deren Präterition das Teſtament noch nicht ungiltig machte[62].

hodie ei natus est filius, nec priore subducto de potestate suo herede ulterior successit in proximum locum; sed tamen in potestate sua habere coepit, quem non habebat simulque paterfamilias factus est, et filius sub ejus recidit potestatem; rumpetur ergo testamentum"). Iſt er noch Soldat, nachdem er von der väterlichen Gewalt befreit und ihm ein Kind geboren wird, ſo kommt Alles darauf an, ob er auf irgend eine Art das früher errichtete Teſtament anerkennt, oder nicht; im letztern Falle wird das Teſtament durch den Poſtumus rumpirt. L. 33. D. *de test. milit.* Vgl. L. 7. L. 8. eod. Förster l. l. p. 103 sq. (nr. 7.) Francke Notherbenrecht S. 40. a. E.

61) Der größte Theil ſeines Buchs: Geſchichte und neue Theorie der Suität beſchäftigt ſich hiemit; namentlich das zweite und dritte Kapitel S. 14 — 255. — Grieſingers Theorie hat im weſentlichen auch Glück angenommen, in der zweiten Aufl. ſeiner Schrift von der Inteſtaterbfolge S. 156 fg. — Daß wenigſtens Töchter nach dem XII. Tafelgeſetz kein Suitätsrecht gehabt hätten, ſucht in einer beſondern (ſehr unbedeutenden) Abhandlung zu erweiſen: *C. G. de* Winckler in opusc. minorib. p. 378 — 381. (Nr. VII.)

62) *Gaji* inst. II. §. 124. *Ulp.* Fragm. XXII. §. 20 — 22. Pr. Inst. de *exhered. libror.*

Denn dies wird ſchon aus der untergeordneten Stellung der Töchter in der Familie und aus der größeren Entfernung begreiflich, worin Enkel, im Vergleich gegen Söhne, zu ihren Großvätern ſtehen. Auch gab es ja andere, lediglich hieraus zu erklärende Verſchiedenheiten zwiſchen Söhnen und zwiſchen Deſcendenten weiblichen Geſchlechts, oder entfernteren Grades, welche mit den Suitätsrechten in gar keiner Verbindung ſtehen[63]). Meine Meinung nun geht dahin, daß ſchon in der älteſten Zeit alle beim Tode des Erblaſſers bereits wirklich gebornen und ſeiner Gewalt als Deſcendenten unmittelbar unterworfenen Perſonen männlichen und weiblichen Geſchlechtes sui heredes geweſen ſeyen, auch auf einen Unterſchied des Grades dabei nichts angekommen ſey, ſobald nur der entferntere Deſcendent durch keine näheren in derſelben Linie ausgeſchloſſen wurde; daß man dagegen auf nachgeborne Kinder damals noch keine Rückſicht genommen habe. — Dafür ſollen jetzt kürzlich die Gründe angeführt werden; eine ausführliche Erörterung derſelben würde hier um ſo weniger am Orte ſeyn, als von einer auf die älteſten Zeiten gerichteten Unterſuchung ſich bei dem Stande der Quellen kein ſolches Reſultat erwarten läßt, welches der Darſtellung des Notherbenrechts zu einer völlig ſicheren Grundlage dienen könnte.

1) Nach übereinſtimmenden Zeugniſſen unſerer Rechtsquellen nun hatten Töchter, ſo gut wie Söhne das durch die XII. Tafeln eingeführte oder anerkannte Inteſtaterb-

63) Es gehört dahin die Nothwendigkeit eines dreimaligen Verkaufs der Söhne, um ſie von der väterlichen Gewalt zu befreien, wogegen bei Enkeln und Töchtern ſchon ein einmaliger Verkauf genügte. *Gaji* inst. I. §. 132 — 134. *Ulpiani* Fragm. X. §. 1. — Hugo Rechtsgeſch. 11. Ausg. S. 161 fg.

recht. Am beſtimmteſten iſt dies in Juſtinians Geſetzen ausgeſprochen: L. 14. pr. C. *de legit. hered.* (VI. 58.): „Lege duodecim tabularum bene humano generi prospectum est, quae unam consonantiam tam in maribus, quam in feminis legitimis — — — observandam esse existimavit, nullo discrimine in successionibus habito. — Sed posteritas nimia utitur subtilitate, non piam induxit differentiam, *sicut Julius Paulus in ipso principio libri singularis, quem ad Senatusconsultum Tertullianum fecit, apertissime docuit.*“ Und mit Beziehung hierauf heißt es L. 15. pr. *eod.*: „Meminimus antea divinam nos promulgasse constitutionem, per quam ad vestigia legis duodecim tabularum totam progeniem ex legitima sobole descendentem, sive masculinam sive foemininam, legitimo jure hereditatem adipisci sanximus.“ So bezeugt Juſtinian auch in dem §. 3. J. *de legit. agnat. succ.*, daß das XII. Tafelgeſetz alle Agnaten[64]) ohne Unterſchied des Geſchlechts zur Erb-

64) Daß im weitern Sinne zu den Agnaten auch die sui gehören, iſt bekannt. S. L. 10. §. 3. D. de gradib. et affinib. (XXXVIII. 10.) — „Proximiores ex agnatis sui dicuntur.“ — L. 12. D. de *suis et legitimis*. (XXXVIII. 10.) Doch hat man dies Argument hier nicht einmal nöthig. Denn wenn es in der oben angeführten Inſtitutionen-Stelle heißt: — „lex XII tabularum simili modo omnes agnatos, sive masculos, sive foeminas cujuscunque gradus *ad similitudinem suorum* ad successionem vocabat“ — ſo verſteht ſich wohl von ſelbſt, daß auch für den Begriff der sui heredes kein Geſchlechts-Unterſchied beſtanden habe. — Theophilus hebt es faſt noch beſtimmter hervor, daß dieſe Beſchränkung der Inteſtaterbfolge des weiblichen Geſchlechts auf die consanguineas kein Erzeugniß des XII Tafelgeſetzes ſey.

ſchaft gerufen habe; erſt in der Zeit zwiſchen jenem Geſetze und der Kaiſerregierung ſey es aufgekommen, Agnatinnen über den zweiten Grad (ultra consanguineas) von der legitima hereditas auszuſchließen [65]. Ob nun

65) Dieſen nämlichen Gedanken drückt Paulus Sent. rec. (Lib. IV. Tit. VIII. §. 22.) ſo aus: „Foeminae ad hereditates legitimas ultra consanguineas successiones non admittuntur; idque jure civili *Voconiana ratione* videtur effectum (Ueber die abweichenden Leserten: „jure civili vel *Voconia rogatione*, oder *narratione*“ ſ. *Jac.* Perizonius in dissertationum Triade (Daventr. 1679) diss. II. (de Lege Voconia) p. 106. 107. — Die Unterſuchungen über die Lex Voconia *de mulierum hereditatibus* (ſehe Hugo's Rechtsgeſch. 11. Ausg. S. 386 fgg.) gehören zur Lehre von der ſ. g. paſſiven Teſtamentifactio (Tit. V. de hered. inst. §. 1438.). Sie ſind überdies für die Frage, womit wir es hier zu thun haben, von keinem Belang; man mag nun annehmen, daß das Voconiſche Geſetz ſelbſt auch die Inteſtaterbfolge der Frauen eingeſchränkt habe, oder daß die Beſchränkung auf consanguineas nach der Analogie der in demſelben enthaltenen Beſtimmungen über die teſtamentariſche Erbfolge eingeführt worden ſey, oder daß Paulus mit den obigen Worten ſagen wollte: der nämliche Grundſatz, woraus die Lex Voconia hervorgegangen ſey, habe früher ſchon jene Beſchränkung veranlaßt (ſ. Perizon l. l. p. 108.). Dies erkennt ſelbſt Grieſinger an (a. a. O. S. 139. in der Note), welcher doch ſonſt in ſeiner langen Diatribe wider das Suitätsrecht der Frauen kein auch noch ſo entferntes Argument unbenutzt läßt. Der einzige Grund, wodurch die Lex Voconia einen ſcheinbaren Zuſammenhang mit dem frühern Inteſtaterbfolgerechte erhält, iſt der von Hugo (civiliſt. Mag. Bd. II. S. 110. d. erſten Aufl.) angeführte: „Eine Verordnung, man ſoll kein Mädchen, man ſoll ſelbſt ſeine leibliche Tochter nicht zur Erbin einſetzen, kann wohl nur zu einer Zeit gegeben ſeyn, wo ſich ihre Ausſchließung

mit dieſem Theile der Juſtinianiſchen Relation die Aeußerungen der juriſtiſchen Klaſſiker übereinſtimmen? könnte vielleicht bezweifelt werden. Denn Gajus ſagt: „Foeminae agnatae, quaecunque consanguineorum gradum excedunt, nihil juris ex lege habent“[66]); und auf ähnliche Weiſe Ulpian: „ad feminas ultra consanguineorum gradum legitima hereditas non pertinet[67]). Allein aus welcher Quelle dies Recht abzuleiten ſey, ſagt Ulpian gar nicht, Gajus aber bemerkt an einer anderen Stelle[68]): „quod ad feminas attinet, in hoc jure aliud *placuit*“ u. ſ. w.; ein Ausdruck, welcher in der Regel auf eine durch interpretatio prudentum und die Praxis bewirkte Rechtsveränderung hinweiſ't[69]). Und ſo läßt ſich auch die ſichtlich corrumpirte Stelle in der Mosaicarum et Romanarum legum collatio[70]) ſehr gut dahin verſtehen, daß die consanguinei

von der Inteſtaterbfolge ohnehin von ſelbſt verſtand.“ Doch hat Hugo ſeine darauf geſtützte Meinung, daß eine ſolche Ausſchließung im älteſten Recht ſtatt gefunden habe, jetzt lange aufgegeben, und Haſſe auſſerdem überzeugend nachgewieſen, daß ſich mit dem Zwecke des römiſchen Geſetzes eine unbeſchränkte Inteſtaterbfolge der Frauen ſehr wohl vertrage, wenn gleich das Geſetz auch die Erbeinſetzung der wirklichen und in der Gewalt des Vaters ſtehenden Tochter einem reichen Vater verbiete: im Rheiniſchen Muſeum für Jurisprudenz Bd. III. S. 183 fgg.

66) *Gaji* inst. III. §. 23.

67) *Ulpiani* Fragm. XXVI. §. 6.

68) *Gaji* inst. III. §. 14.

69) Brissonius de V. S. v. *placere* Pr.

70) Tit. XVI. §. 3. (*Paulus* lib. sententiarum). — „Sane consanguineis (*leg.* consanguineos) lex non adprehen-

in den XII. Tafeln nur nicht durch einen beſonderen Namen und ein beſonderes Recht von den übrigen Agnaten unterſchieden worden ſeyen [71]. — Welche Anſichten man indeſſen hierüber auch haben mag, ſo liegt doch auch in der Art, wie die juriſtiſchen Klaſſiker die Töchter erwähnen, einige Beſtätigung des Satzes, daß Töchter ſchon urſprünglich mit Söhnen als suae heredes ihren Vater ab intestato beerbten. „Intestatorum hereditas" ſagt Gajus „lege duodecim tabularum primum ad suos heredes pertinent. Sui autem heredes existimantur liberi, qui in potestate morientis fuerint, veluti filius, *filia*, vel nepos *neptisve*, pronepos *proneptisve* ex nepote filio nato prognatus *prognatave* [72]. Daß

derat (al. comprehenderat); interpretatione prudentum primum inter agnatos locum acceperunt." — S. Schulting in der Jurisprudentia vetus ante-Justinianea p. 407. not. 9. Dirkſen Ueberſicht der Verſuche zur Kritik und Herſtellung der XII Tafel-Geſetze S. 344. und die dazu gehörigen Noten.

71) Vgl. Hugo's Rechtsgeſch. 11. Ausg. S. 165. Z. 9 fgg. und die dazu gehörige Note 1. — Schrader (was gewinnt die Röm. Rechtsgeſchichte durch Gajus S. 13 — 15.) ſucht übrigens alle angeführten Stellen dadurch mit einander zu vereinigen, daß er annimmt, die Zurückſetzung des weiblichen Geſchlechts ſey uralter Gebrauch geweſen, den auch die XII Tafeln hätten fortbeſtehen laſſen, ohne ihn indeſſen zu erwähnen. Dies Stillſchweigen habe denn Gajus und Ulpian veranlaßt, dem Geſetz ein Recht zuzuſchreiben, was in demſelben doch nur als geltend vorausgeſetzt worden; umgekehrt aber habe man ſpäter, als der alte Unterſchied weggefallen ſey, eben aus jenem Stillſchweigen gefolgert, das Geſetz kenne denſelben gar nicht. — Vgl. jedoch hierzu Hugo a. a. O. S. 262. Z. 10 fgg.

72) *Gaji* inst. III. §. 1. 2.

Gajus, welcher in ſeinen Inſtitutionen mit ſo großer Genauigkeit die eingetretenen Rechtsveränderungen und deren Quellen namhaft macht, dies hier nicht unterlaſſen haben würde, wenn der Begriff eines suus heres in dem Geſetze ſelbſt wirklich eine beſchränktere Bedeutung gehabt hätte, läßt ſich um ſo eher erwarten, als ſchon die unmittelbare Verbindung, worin der Hauptſatz mit der vom suus heres gegebenen Erklärung ſteht, den Schluß rechtfertigt, daß auch dieſe Erklärung im Sinne der Geſetzgebung iſt. Auf ähnliche Art äuſſern ſich auch Ulpian[73] und Paulus[74], ſo daß man wohl dem K. Juſtinian Glauben beimeſſen darf, wenn er an mehr als einem Orte die Frauen als ſolche nennt, welche ſchon nach dem XII. Tafelgeſetze das Suitätsrecht gehabt hätten[75]. Nimmt man nun noch hinzu, daß der in den Quellen anerkannte Begriff eines suus heres eben ſowohl auf Töchter als auf Söhne paßt, Julianus auch, indem er dieſen Begriff auf das Erbrecht anwendet, ausdrücklich ſagt: „lex duodecim tabularum eum vocat ad hereditatem, qui moriente eo, de cujus bonis quaeritur, in rerum natura fuit“[76]: ſo wird man keinen Anſtand nehmen dürfen, der gemeinen Meinung der Rechtshiſtoriker beizupflichten, daß ſchon zur Zeit der XII. Tafeln die Töchter zu den suis heredibus gezählt ſeyen[77].

73) *Ulp.* Fragm. XXVI. §. 1.

74) Mosaic. et Rom. Leg. collat. Tit. XVI. §. 3.

75) Z. B. §. 1. und 2. J. *de hered. quae ab int.* §. 3. J. *de legit. agnat. succ.* (ſ. oben Note 64.).

76) L. 6. in f. D. *de suis et legit.* (XXXVIII. 16.)

77) M. ſ. unter den Neuern Hugo Rechtsgeſch. S. 250 fg.

2) Dieſer letzte Grund beweiſ't nun auch für das Suitätsrecht der Enkel, Urenkel u. ſ. w. ſchon zu jener Zeit, und eben dies gilt auch von anderen bereits angeführten Stellen, in welchen von dem Erbrechte der sui heredes nach dem XII. Tafelgeſetze die Rede iſt, zugleich aber der Begriff eines suus heres beſtimmt wird[78]. Das ſcheinbarſte Argument hiergegen ſtützt ſich auf eine Stelle aus des Gajus Inſtitutionen[79], welche ſo lautet: „Si ei, qui defunctus erit, sit frater et alterius fratris filius, sicut ex superioribus intelligitur, frater prior est, quia gradu praecedit; *sed alia facta est juris interpretatio inter suos heredes.*“ Grieſinger findet darin einen ganz unumſtößlichen Beweis für ſeine Meinung, daß enferntere Deſcendenten erſt durch die Auctorität der Juriſten Suitätsrecht erhalten hätten[80]. Allein der Juriſt erklärt ſie ja gerade dadurch für sui heredes, daß er ſagt: alia facta est interpretatio *inter suos heredes*. Man muß ſich den Zuſammenhang ſo denken: Das Geſetz hatte unter der Vorausſetzung,

S. 269. Haſſe im Rhein. Muſ. für Jurisprudenz Bd. III. S. 187. — So auch *H.* Schultz de jure feminarum Romanarum defuncto succedendi ab intestato et ex testamento etc. c. I. — Ich kenne dieſe Schrift, welche in den Annales Acad. Rheno-Trajectinae v. 1826 abgedruckt iſt, nur aus der Anzeige von Zimmern in dem dritten Bande der Tüb. krit. Zeitſchr. für Rechtswiſſenſchaft S. 13 fgg.

78) Beſonders gehören hierher die oben angeführten Aeußerungen Juſtinians, daß die XII Tafeln ſo wenig einen Unterſchied des Grades, als des Geſchlechts angenommen hätten (L. 15. pr. C. de *legit. hered.* §. 3. J. *de legit. agn. succ.*)

79) *Gaji* inst. III. §. 15.

80) a. a. O. S. 82. N. d.

daß kein suus heres da ſeyn werde, den nächſten Agnaten zur Erbfolge gerufen. Hieraus folgte denn von ſelbſt, daß der Bruder des verſtorbenen Bruders Kindern vorgehe. Hatten ſich aber die Decemvirn etwa das Verhältniß mehrerer sui auf ähnliche Weiſe gedacht, ſo daß alſo der Sohn dem Enkel von einem verſtorbenen Sohne vorgehen ſollte? Dies ſchien unbeſtimmt zu ſeyn, da das Geſetz nur allgemein ſagte: si suus nec escit u. ſ. w., mithin eine Feſtſtellung durch interpretatio prudentum zu erfordern, welche denn auch — ohne Zweifel im Sinne des Geſetzes — erfolgte. Hätte hier aber in der That auch ein Vorzug des Grades gegolten, ſo würden ja doch nichts deſto weniger die entfernteren Deſcendenten sui heredes geweſen ſeyn und dies ſich wirkſam erwieſen haben, wenn ſie allein ſtanden. Ganz auſſer Zweifel wird aber die Sache durch folgende Stellen geſetzt. Zuerſt durch die L. 220. D. *de verb. signif.* (*Callistratus* Lib. II. quaest.): „Liberorum appellatione nepotes et pronepotes, ceterique, qui ex his descendunt, continentur: *hos enim omnes suorum*[81]) *appellatione lex duodecim tabularum comprehendit.*“ Sodann durch ein Reſcript der K. K. Diocletian und Maximian[82]), folgenden Inhalts: „Ut intestato

81) Manche Ausgaben und Handſchriften leſen hier zwar *liberorum* ſtatt *suorum*; (ſ. Cramer in den Noten zu ſeiner Ausg. des Titels *de V. S.* Auch eine auf der Bibliothek des Domcapitels zu Merſeburg befindliche Handſchrift des Dig. novum lieſt ſo; indeſſen iſt das liberorum ſichtbar ſpäter erſt hinein corrigirt). Der gewöhnlichen Lesart muß aber der Vorzug gegeben werden, da ja das Zwölf-Tafel-geſetz *liberos* als ſolche überall nicht zur Erbfolge rief.

82) L. 3. C. *de suis et legitimis liberis.* (VI. 55.)

defuncti filius, ac nepos ex alio — — — pariter succedant, *evidenter lege duodecim tabularum cavetur*[83]).

3) Es iſt auch kein Grund zu zweifeln, daß die auf künſtliche Art — durch Adoption und manus — in die Familie gekommmenen Individuen ebenfalls ſchon zur Zeit der Decemvirn die Rechte der sui gehabt haben. In unſern Rechtsquellen werden ſie nämlich da, wo von dem Inteſtaterbrechte nach den XII. Tafeln die Rede iſt, den ehelich erzeugten Kindern und Enkeln ſtets gleichgeſtellt[84]), ja Ulpian ſagt an einem Orte ausdrücklich, daßdas XII. Tafelgeſetz den Patron nicht zur Inteſtaterbſchaft rufe, wenn der Erblaſſer auch nur mit Hinterlaſſung eines suus non naturalis, nämlich einer Ehefrau in manu, oder eines Adoptivſohns verſtorben wäre[85]).

83) Nichtsdeſtoweniger hält Grieſinger (§. 17. S. 151 fg.) ſeine Anſicht für ſo ſicher begründet, daß er glaubt, im äußerſten Falle ſeyen die Juriſten Paulus und Calliſtratus, ſo wie der K. Juſtinian eher eines hiſtoriſchen Irrthums zu beſchuldigen, als daß ſeine Theorie umgeſtoßen werden könne. Und doch ſind die Gründe für eine ſo ſtark ausgeſprochene Ueberzeugung großen Theils nur Gemeinplätze, woraus ſich freilich allerlei folgern läßt!

84) *Gaji* inst. III. §. 2. u. 3. Ulp. Fragm. XXII. §. 14.

85) *Ulp.* Fragm. XXIX. §. 1. (— „liberti hereditatem lex XII tabularum patrono defert, si intestato *sine suo herede* libertus decesserit, ideoque si — — — — suus heres ei sit, quamvis non naturalis *sed uxor puta, quae in manu fuit, vel adoptivus filius, lex patrono nihil praestat*"). — Grieſinger (a. a. O. S. 191. §. 20.) ſtützt ſeinen Beweis gegen das Suitätsrecht der blos juriſtiſchen [Agnaten] darauf, daß denſelben keine Rechte zugeſtanden werden könnten, welche nicht einmal Enkel und Töchter

4) Dagegen iſt es wenigſtens im hohen Grade wahrſcheinlich, daß auf die Poſtumen in dem XII. Tafelgeſetze keine unmittelbare Rückſicht genommen wurde. Zwar nennen die juriſtiſchen Klaſſiker dieſelben neben den übrigen Perſonen ebenfalls als sui heredes [86]. Allein eines Theils giebt es hier keine einzige Stelle, worin geradezu geſagt würde, daß das XII. Tafelgeſetz die Poſtumen unter den suis mitgemeint habe, andern Theils fehlt es aber auch nicht an beſonderen Gründen, welche die Annahme rechtfertigen, daß der urſprüngliche Begriff der sui heredes nicht mit auf ſie gieng. Vor allem kommt der Umſtand in Betracht, daß die in den Quellen ſich findenden Definitionen der sui heredes die eigentlichen Poſtumen — die nach dem Tode des Erblaſſers erſt gebornen Deſcendenten — geradezu ausſchließen. „Sui heredes sunt, quos in potestate habemus", oder „qui in potestate morientis fuerunt" heißt es

gehabt hätten. Dies fällt indeſſen mit dem Vorderſatze von ſelbſt hinweg.

86) *Gaji* inst. III. §. 4. *Ulp.* Fragm. Tit. XXII. §. 15. — Es ſoll eben kein Gewicht darauf gelegt werden, daß Gajus die Poſtumen erſt nennt, nachdem er alle übrigen — die natürlichen und die blos juriſtiſchen — suos aufgeführt hat. Denn hätte man für das urſprüngliche Suitätsrecht der Töchter, Enkel u. ſ. w. nur den Grund, daß ſie bei Gelegenheit der legitima hereditas unter den suis mit aufgeführt werden, ſo würde die Sache doch immer zweifelhaft bleiben. Eher könnte man ſich darauf berufen, daß Ulpian die Poſtumen nur in Beziehung auf das Notherbenrecht neben den übrigen als ſolche nennt, welche „suorum numero sunt", da aber, wo er bei der legitima hereditas ihrer Erwähnung thut (XXVI. §. 3.), offenbar nur von dem Recht ſeiner Zeit ſpricht.

durchgängig[87]; denn nur die bereits Exiſtirenden, ſagt Julianus, ruft das Geſetz zur Erbfolge[88]. Offenbar aber iſt es kein Satz, welcher den XII. Tafeln zugeſchrieben werden kann, ſondern eine Doctrinalhypotheſe, vermittelſt deren man die geſetzliche Vorſchrift auch auf die Poſtumen anzuwenden ſuchte, wenn es weiter heißt: „conceptus *quodammodo* in rerum natura *esse existimatur*“[89]. Blieb nun hiernach die Ausdehnung des Begriffs eines suus heres auf die Poſtumen freilich der interpretatio überlaſſen, ſo lag dieſe doch in einem Falle ſo nahe, daß, als dieſer Fall zuerſt eintrat, das Erbrecht des postumus ſchwerlich be-

87) Z. B. bei *Ulpian.* Fragm. XXII. §. 14. *Gaji* inst. II. §. 156. III. §. 2. — §. 2. J. *de hered. qual. et differ.* §. 2. J. *de hered. quae ab int.*

88) — — „Lex XII tabularum eum vocat ad hereditatem, qui moriente eo, de cujus bonis quaeritur, in rerum natura fuerit.“ L. 6. in f. D. *de suis et legitim.* (XXXVIII. 16.).

89) L. 7. D. *de suis et legit.* — Vgl. L. 1. §. 8. D. *unde cognati* (XXXVIII. 8.). Die in dieſen und anderen Stellen über das Recht der Kinder im Mutterleibe vorkommenden Ausdrücke ergeben zur Genüge, daß hierbei die philoſophiſchen Streitigkeiten über den Lebensbeginn eines Menſchen berückſichtigt wurden. Vgl. Walch zu Eckhardi Herm. jur. Lib. I. §. 137. (Selbſt noch Papinian ſpricht, wenigſtens in Beziehung auf den partus ancillae, den Grundſatz aus: „partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur.“ L. 9. §. 1. D. *ad leg. Falcid.* (XXXV. 2.) Wäre nun ſchon zur Zeit der Dezemviral-Geſetzgebung ein Recht des Embryo auf die Verlaſſenſchaft ſeines Vaters anerkannt worden, ſo würde man ſicher nicht unterlaſſen haben, ſich hierauf zu berufen.

zweifelt wurde; nämlich, wenn Jemand ohne Teſtament mit Hinterlaſſung einer ſchwangern Gattin ſtarb, und andere Kinder nicht vorhanden waren. Daher reſcribirten die Kaiſer Diocletian und Maximian: „Intestato quidem defuncto postumum suum heredem, quam sororem licet consanguineam, haberi potiorem, *ordo successionum lege duodecim tabularum factus nimis evidenter demonstrat*“ [90]). In der unmittelbar vorausgehenden Stelle (L. 3. C. *de suis* etc.) hatte es geheißen: „ut defuncti filius ac nepos ex alio — pariter succedant evidenter lege XII. tabb. *cavetur*.“ In jener Stelle dagegen deutet der Ausdruck am Schluſſe ſehr beſtimmt darauf hin, daß hier nur nach einer Analogie, wenn gleich nach einer unzweifelhaften, entſchieden werde [91]). Von Poſtumen, welche nach errich-

90) L. 4. C. *de suis et legitim. liber.* (VI. 55.). Daß der Poſtumus einer Schweſter ſeines Vaters vorgehe, konnte zur Zeit des Kaiſers Diocletian kein Gegenſtand eines eigentlichen Zweifels mehr ſeyn, und man ſieht hieraus, wie aus der unmittelbar vorausgehenden Stelle, daß die Kaiſer oftmals mit Anfragen beläſtigt wurden, die ſie nur durch Verweiſung auf ganz klares und ausgemachtes Recht beantworten konnten. Allein es mußte doch irgend eine Veranlaſſung zu einem Zweifelsgrunde vorhanden ſeyn, und dieſer konnte wohl nur darin beſteben, daß zur Zeit des Geſetzes, welches die sui heredes allen andern vorzieht, ein noch nicht von der Mutter getrenntes Weſen nicht für rechtsfähig galt.

91) Der Kaiſer ſagt alſo nicht: das XII Tafelgeſetz beſtimme dies ſo, ſondern nur: die darin aufgeſtellte Succeſſionsordnung führe darauf, daß der Poſtumus ſeiner Tante vorgehe. Denn (wie Thaleläus bei dieſer Stelle Schol. Basilic. T. VI. p. 79. Schol. q. bemerkt), das Geſetz ruft ja Deſcendenten zuerſt.

tetem Teſtamente, aber noch vor dem Tode des Erblaſſers erſchienen, konnte zur Zeit der XII. Tafeln noch gar nicht die Rede ſeyn, weil ja auch der suus heres damals durch Teſtament willkührlich ausgeſchloſſen werden durfte, mithin ſein Recht überhaupt nur wirkſam wurde, wenn es zur Inteſtaterbfolge kam. Als nun aber das Notherbenrecht der sui heredes aufkam, da zeigte ſich in Anſehung der Poſtumen die Schwierigkeit, daß dieſe, als incertae personae, nicht eingeſetzt, und alſo auch wohl nicht enterbt werden konnten [92]), weshalb denn jedesmal

92) *Ulp.* Fragm. XXII. §. 4. — *Gaji* inst. II. p. 242. („Ac ne heres quidem potest institui postumus alienus; *est enim incerta persona.*" Vom alienus postumus ſpricht Gajus hier nur, weil blos für dieſen, nicht auch für den suus die alte Regel: incerta persona heres institui nequit, nach dem Civilrecht noch beſtand). Theophilus in Paraphr. ad §. 26. J. *de legat.* — Finestres de postum. hered. inst. vel exhered. c. II. §. 22 sqq. (in prael. Cervar. p. 188 sqq.) Tilling de postumis heredib. inst. vel exher. P. II. p. 107 sqq. *C. G.* Hübner ad Tit. Dig. de rebus dubiis comment. P. I. (Lips. 1802.) p. 69. p. 84 sq. Foerster de bon. poss. p. 94. Bluntſchli a. a. O. S. 47. Francke Notherbenrecht S. 21. — Uebrigens ſtreitet man darüber, ob die obige Regel je auf den suus postumus angewandt worden ſey (*C.* Rau resp. Dathe hist. jur. civil. Rom. de personis incertis ex test. heredibus. Lips. 1784. §. III.), und auch diejenigen, welche die Frage bejahen, ſtreiten über den Grund, weshalb man die Poſtumen zu den personis incertis gezählt habe (ſ. z. B. die ſo eben angeführten Schriften von Tilling und Hübner). Eine nähere Erörterung dieſer Streitfragen gehört in den Titel de hered. instituendis. Auch behaupten Manche ganz unabhängig von jenem Streite, daß nachgeborne Kinder ſchon nach den

die Erſcheinung eines postumus ein früher errichtetes Teſtament rumpiren mußte. Allmählig wurde die Berückſichtigung der Poſtumen im Teſtamente möglich, und zwar theils durch die interpretatio prudentum, theils durch geſetzliche Beſtimmung. Ulpian äuſſert ſich hierüber wie folgt: „Eos, qui in utero sunt, si nati sui heredes nobis futuri sunt, possumus instituere heredes, si quidem post mortem nostram nascantur ex jure civili, si vero viventibus nobis ex Lege Julia“ (*Junia* sc. Velleja)[93]. — Jus civile kann hier nicht, wie Cujacius meinte[94], das XII. Tafelgeſetz bedeuten, da dieſem ja das Notherbenrecht überall noch nicht bekannt war; es iſt vielmehr das durch auctoritas, oder interpretatio prudentum eingeführte Recht[95]. Allerdings ſchloß ſich aber dieſe interpretatio dem geſetzlichen Rechte nahe genug an. Denn andere

XII Tafeln hätten eingeſetzt werden können; z. B. Cujacius und Haſſe (not. 94.). Davon wird gleich mit mehrerem gehandelt werden.

93) *Ulp.* Fragm. XXII. §. 19.

94) In not. ad Ulp. Fragm. XXII. 19. — Eben ſo Winckler de lege Junia Velleja §. VII. (opusc. I. p. 267.). Und Haſſe nimmt dies als ſo ausgemacht an, daß er ſagt: „die nach dem Tode des Teſtators gebornen, nur bei ſeinem Leben noch concipirten Poſtumi, konnten bekanntlich ſchon nach den XII Tafeln eingeſetzt werden“; im Rhein. Muſ. III. S. 211. Note 43.

95) L. 2. §. 5. in f. u. §. 12. D. *de origine juris* (I. 2.) — Auch die Redensarten: *jure civili receptum est* (z. B. L. 24. D. *de condit. et demonstr.* XXXV. 1.) und ähnliche gehen allemal auf das durch Gewohnheit und insonderheit durch die Juriſten eingeführte Recht. Hugo Rechtsgeſch. 11. Ausg. S. 439. Z. 30 fgg.

Poſtumen, als die erſt nach dem Tode des Erblaſſers gebornen, konnte man zu einer Zeit nicht kennen, wo es noch überall kein Notherbenrecht gab; die Berückſichtigung derſelben, zumal der eignen Kinder des Erblaſſers, erſchien aber höchſt natürlich und auch dem Geiſte des Geſetzes angemeſſen, welches ja die Poſtumen nicht ausgeſchloſſen, ſondern nur nicht ausdrücklich zur Erbfolge gerufen hatte [95a]. Hierin liegt denn auch wohl der Grund, warum wir den Fall der Einſetzung eines innerhalb 10 Monaten nach dem Tode des Erblaſſers gebornen eignen Kindes gar nicht beſonders erwähnt finden. Stand aber die Möglichkeit Poſtumen im Teſtamente einzuſetzen oder auszuſchließen, erſt für einen Fall feſt, ſo mußte es ſich auch bald erweitern. Nur geſchah dieſe Erweiterung hier, wie ja auch ſonſt im früheren römiſchen Rechte, durch allmähliches Anſchließen neuer Fälle an das bereits geltende Recht. Die Anerkennung eines Notherbenrechts für die nachgebornen Deſcendenten führte dann auch zu einer Erweiterung des Begriffs der postumi ſelbſt; denn da denjenigen, welche beim Leben des Erblaſſers ſchon geboren und in deſſen Gewalt waren, nicht weniger Recht zugeſtanden werden konnte, wie den Nachgebornen, ſo mußte man den Begriff auf alle sui heredes beziehen, welche nach errichtetem Teſtament in dies Verhältniß traten, auch wenn ſolches beim Leben des Erblaſſers geſchah. Dafür, daß postumi der letztern Art zu Erben eingeſetzt oder enterbt werden könnten, war freilich bei weitem nicht in dem

95a) So iſt es auch nur gemeint, wenn Ulpian an einer andern Stelle (L. 3. §. 9. D. *de suis et legit. hered.*) ſagt: ex lege XII tabularum ad legitimam hereditatem is, qui in utero fuit, admittitur, si fuerit editus."

Grade ein praktiſches Bedürfniß vorhanden, wie in Anſehung der nachgebornen Deſcendenten, indem ja, in den meiſten Fällen wenigſtens, dem Teſtirer die Abänderung ſeines letzten Willens frei ſtand [96]. Allein nicht immer war dies der Fall, und bequemer war es wenigſtens, wenn es dem Erblaſſer frei ſtand, auch diejenigen Poſtumen in ſeinem letzten Willen zu berückſichtigen, deren Erſcheinen er noch erlebte. Dies zu bewirken, war denn die Aufgabe der Lex Junia Velleja [97], deren

96) Foerster l. l. p. 110.

97) — „Ne ergo eo modo rumpatur mihi testamentum, sicut ipsum filium vel heredem instituere vel nominatim exheredare debeo, ne non jure faciam testamentum, ita et nepotem neptemve ex eo necesse est mihi vel heredem instituere, vel exheredare, ne forte, me vivo eo filio mortuo, succedendo in locum ejus nepos neptisve, quasi agnatione rumpat testamentum; idque lege Junia Velleja provisum est.“ *Gaji* Inst. II. §. 134; woraus §. 2. I. *de exheredat. liberor.* und L. 13. D. *de inj. rupto, irrito facto test.* genommen ſind. Der Name Lex Junia Velleja findet ſich auch in L. 10. §. 2. D. *de test.* tut. XXVI. 2. (S. Bd. XXIX. des Commentars §. 1309. S. 249—252.) Dagegen in der Handſchrift von Ulpian's Fragmenten wird ſie Lex Julia genannt (S. oben den Text zu Note 93.), und auch Theophilus drückt den Schlußſatz der angeführten Stelle ſo aus: *καὶ τοῦτο τῷ Ἰουλίῳ Βελλείῳ νόμῳ εἴρηται.* Indeſſen für den Namen Junia Velleja ſpricht außer den vorhin angeführten Quellen-Zeugniſſen, daß in den conſulariſchen Faſten nirgends ein Julius und ein Vellejus als Collegen genannt werden, wohl aber M. *Junius* Silanus und *Vellejus* Tutor. Ant. Schulting und *Ulp.* Fragm. XXII. 19. (S. auch die folgende Note.) In den Florentiniſchen Pandekten heißt ſie auch Lex Vellea; mit Recht erklärt ſich gegen dieſe Schreibart *Ant.* Augustinus de nominib. propr. *τοῦ πανδέκτου* Florentini cap. IV.

Zeitalter nicht ganz genau feſtſteht; doch iſt ſie jedenfalls aus der zweiten Hälfte des achten Jahrhunderts nach Roms Erbauung [98]. Sie enthält zwei Kapitel; das erſte handelte von der Einſetzung der beim Leben des

Nr. 34. (opp. omn. Vol. I. p. 365. Nach dem Index Florentinus ſchrieb Paulus einen liber singularis ad Legem Vellejam; doch iſt daraus nichts in den Pandekten excerpirt, oder wenigſtens findet ſich eine ſolche Inſcription nicht. S. die Note 93 zu dem Index bei Gebauer.

98) Schulting (a. a. O.) ſetzt ſie in die Zeit von Claudius, nämlich in das Jahr 799 nach Erbauung Roms, oder 46 nach Chr. Geburt, und derſelben Meinung ſcheint auch *A. A.* Augustinus (l. l. not. e.) zu ſeyn; dagegen erklären ſich die Meiſten für eine frühere Zeit, und halten die Sache dadurch für entſchieden, daß in den conſulariſchen Faſten a. p. u. c. 763 (alſo unter Auguſt) L. Junius Silanus und C. Vellejus Tutor als consules suffecti genannt ſind. (Th. Jans. ab Almelovenius Fasti Romanor. consular. p. 111.) Hierauf geſtützt haben beſonders *Herm.* Noordkerk (spec. lectionum seu disquis. de lege Petronia. Amstelod. 1731. p. 93 sq.) und Winckler (l. l. §. II.) die Meinung ausführlich vertheidigt, daß unſere Lex aus dem Jahre 763 nach Roms Erbauung ſey, und die meiſten neuern Rechtshiſtoriker (z. B. Bach, Haubold u. A.) nehmen das ebenfalls an. Auch kann man ſich hiefür allenfalls noch darauf berufen, daß ſich mit Sicherheit ſchwerlich beweiſen läßt, es ſeyen eigentliche leges (Volksſchlüſſe) noch unter Claudius vorgekommen. (S. Noordkerk l. l. p. 94 sqq.) Auffallend iſt es indeſſen immer, daß auch unter dem letztern Kaiſer ein M. (Junius) Silanus und C. Vellejus Tutor als Collegen vorkommen (L. 2. §. 1. D. ad *Sct. Vellej.* XVI. 1. Gegen Majansius Disput. jur. Nr. XXV. §. 3. 4. Winckler l. l. p. 258. opuscul. T. I.) Ich trage daher kein Bedenken, mit Schrader (in den Noten zum §. 2. Inst. *de exhered. liberor.*) zu ſagen: Quando haec lex lata sit, parum constat.

Teſtirers gebornen Deſcendenten, welche unmittelbar durch ihre Geburt sui heredes werden; das zweite von den entfernteren Deſcendenten, welche zur Zeit des errichteten Teſtaments ſchon geboren ſind und durch das Wegfallen ihres Vaters Suitätsrechte erhalten [99]. Der geſetzliche Zweck wird in beiden Kapiteln verſchieden ausgedrückt; das erſte geſtattet die Einſetzung noch nicht geborner Kinder („ut liceat institui nondum natos“); das zweite verbietet die Ruption der Teſtamente, worin die zur Zeit der Teſtaments-Errichtung bereits gebornen, aber ſpäter erſt in die Reihe der sui heredes eintretenden Deſcendenten eingeſetzt (oder enterbt) ſind („posteriore capite non permittit institui, sed vetat rumpi neve ob eam rem minus ratum esset, quod successit“ [100]). Ueber den Grund und die Bedeutung dieſer Verſchiedenheit wird unten das Nähere vorkommen. Immer aber waren auch durch die Beſtimmungen der Lex Velleja die möglichen Anwendungen bei weitem noch nicht erſchöpft; es blieb der Interpretation und Praxis reichlicher Spielraum, um die vorhandenen Lücken auszufüllen, und über einzelne Fälle wurde, wie es ſcheint, lange noch geſtritten.

Die Hauptquelle für unſere Lehre iſt ein Pandekten-Fragment aus dem ſechſten Buche der Quaestiones von Qu. Cervidius Scävola, welcher unter den Antoninen lebte [1]. Es iſt die berühmte L. Gallus (29)

99) L. 29. 12—14. D. *h. t.*

100) L. 29. §. 15. D. *h. t.*

1) *Joh. Lud.* Conradi de vita et scriptis Q. Cervidii Scaevolae lib. singular. §. II. (Opusc: e jure civili Vol. I. p. 16 sqq.)

D. h. t. [2]), welche faſt ausſchließlich der folgenden Erör=

2) Sie gehört unter die Zahl der ſieben leges damnatae (S. Walch in der Note zu Eckhardi Herm. jur. §. 94.) und allerdings iſt eine befriedigende Erklärung derſelben keine geringe Aufgabe. Mit wenig Worten iſt hier nichts auszurichten, und da ſie bisher in dem Commentar kaum erwähnt iſt, ſo bedarf die Ausführlichkeit, womit ſie hier behandelt wird, wohl keiner Entſchuldigung („Licet advocati parum lucrantur de hac lege", bemerkt die Gloſſe, quia tamen re et fama difficilis est, bene est notanda"). Bekanntlich hat *Corn. v.* Eck eine Diſſertation geſchrieben de septem damnatis legibus seu crucibus Juris consultorum (Lugd. B. 1682. rec. Jen. 1745; auch in dem Supplementbande zum Meermanſchen thesaurus p. 569 sqq.). Der Commentar zu unſerer Stelle findet ſich im cap. VII., nimmt in dem Meermanſchen thesaurus noch nicht volle vier Folioſeiten ein (p. 583 — 586), und iſt überhaupt eben nicht gründlicher, wenn gleich beſſer geſchrieben, wie die meiſten Inaugural=Diſſertationen. — Von den übrigen Erklärern dieſer Stelle ſind aus der Periode bis Alciati auszuzeichnen: die Accurſiſche Gloſſe, worin kaum eine bedeutende Schwierigkeit ganz übergangen iſt, wenn gleich die Auflöſung häufig fehlt; ferner die wortreichen Commenmentare von Bartolus, Baldus, beſonders aber von Alciati ſelbſt. (Des Letzteren Commentar findet ſich indeſſen operib. omnib. Fcf. 1617. T. I. p. 473 — 680). Von Schriftſtellern aus der ſpätern Zeit mögen hier (neben den oben ſchon aufgeführten Schriften von *v. de* Poll Finestres und Tilling) folgende genannt ſeyn: *Franc.* Connanus in comment. jur. civil. Lib. X. cap. IV. (Auch einiges aus dem vorausgehenden Capitel gehört dahin); *Franc.* Duarenus (opp. Frf. 1607. p. 351 — 365. umfaßt auch die L. 16. D. *h. t.*); *Ant.* Goveanus (in opp. ed. *Jac. van* Vaassen Rotter. 1766. p. 73 sqq. und ejusd. leg. repetita praelectio, in Lib. I. animadvers. *ibid.* p. 327 sqq.); *Lael.* Taurellus ad Gallum et Leg. Vel-

terung über die Einſetzung oder Ausſchließung der postumi zu Grunde liegen wird [3].

lejum in Ottonis thesauro, T. IV. p. 1604 sqq. Ihm iſt es beſonders um Vertheidigung der bisweilen ganz ſinnloſen Florentiniſchen Lesarten zu thun.) *Franc.* Hotman Scholae in LXX. tit. Dig. et Cod. ad h. l. (opp. T. I. B. p. 146—175). *H.* Donellus (in ejus et aliorum quorund. opusc. postum. Hanov. 1604. 8. p. 131 sqq. — In ſeinem comment jur. civil. berührt er dieſe Materie Lib. VI. §. 8 sqq. der Ausg. von König); *Jac.* Cujacius ad Tit. de lib. et post. h. l. (opp. prior. ed. Par. T. I. p. 1095 sqq.); *Detl.* Langebek (in leges aliquot perdifficiles annotationes cap. XL—XLII; in Ottonis thes. P. I. p. 578 sqq.) *Henr. a* Suerin repetitar. lection. jur. civil. lib. c. 38. 39 (bei *Otto* P. IV. p. 65 fgg. *Lud.* Charondas verisimilium Lib. I. c. XV. (in *Otton.* thes. P. I. p. 718 sqq.); *Gabr.* Vallius ad h. l. (in *Otton.* thes. P. I. p. 398 sqq.); *A.* Faber (conjecturae jur. civil. Lib. IX. Lib. X. Beide Bücher betreffen faſt ausſchließlich nur unſern Gegenſtand); *Jo.* Altamiranus (in priores XIII libros ex XX Quaest. *Q. Cerv. Scaevolae* comment. Tract. VI. ad Lib. VI. im Meermanſchen thes. T. II. p. 450 sq. *Ant.* Merenda (controv. jur. civil. Lib. XV. cap. II — VI. Auch aus dem IV. Buch gehören hierher die Capitel III. IV.); *Barth.* Chesius (interpret. jur. Lib. I. cap. XLIX.; in Jurisprudent. Rom. et Att. c. praef. *J. G.* Heineccii T. II. p. 259 sqq.); *Franc.* Ramos *del* Manzano ad h. l. (in thes. *Meerm.* T. VII. p. 212 sqq.); *Sam:* Stryk (in cautelis testamentorum cap. XVI. §. VII. opp. praestant. p. 163 squ. — Man findet hier einen exegetiſchen Commentar, was man nicht erwarten ſollte; an ein gründliches Eingehen in die Schwierigkeiten iſt aber nicht zu denken, was man freilich von ſelbſt erwarten wird. Stryk hält es für nöthig, die Erläuterung der Stelle damit zu entſchuldigen, daß ſich doch an Einzelnes praktiſche Bemerkungen anknüpfen laſſen); *Jo.*

A) Daß nachgebornen Kindern des Erblaſſers die Rechte der sui ohne Bedenken zugeſtanden wurden, ungeachtet das XII. Tafelgeſetz ihrer nicht ausdrücklich erwähnte, und daß man die Einſetzung und Enterbung derſelben für zuläſſig hielt, wenn man gleich auf eine beſondere Auctorität dafür ſich nicht berufen konnte, wurde oben bereits bemerkt. Die Ausdehnung dieſes Rechts auf entferntere Deſcendenten wird dem berühmten Ju-

Lud. Conradi (sententia Scaevolae declarata super cautione Aquillii nepotes postumos instituendi de lege Junia Vellea. Lips. 1756. Iſt leider nur Bruchſtück geblieben, obwohl die Schrift ſich freilich nicht ſo ankündigt); *Greg.* Majansius (ad triginta ICtorun fragmenta comment. P. II. p. 74 sqq.); *Car. Godofr.* (de) Winckler (de lege Junia Velleja, opusc. Vol. I. p. 256 sqq. Geht zwar dem Titel nach nur auf einen Theil der Stelle; doch handelt Winckler auch von der Aquiliſchen Formel); Francke Notherbenrecht §. 3. S. 20 — 44.

3) Die bei dieſer Stelle theils von mir ſelbſt, theils für mich von einem jungen hoffnungsvollen Gelehrten, dem Herrn Dr. philos. Robert Schneider, verglichenen Leipziger Handſchriften des Infortiatum, ſollen durch Cod. Lips. A. B. und C. bezeichnet werden. Die beiden letztern befinden ſich auf der Pauliner-Bibliothek, die erſte auf der Rathsbibliothek in Leipzig. Nachrichten über dieſelben finden ſich in der Jenaiſchen allgem. Literaturzeitung von 1818. Nr. 6 — 11. S. 69 fgg. (von Wenck) und in dem Programm von *J. C. Alb.* Kriegel antiqua versio Latina fragm. e Modestini libro excusat. in D. obviorum (Lips. 1830. 4.) p. 13. Im Alter ſcheinen ſie ſo auf einander zu folgen, wie ſie hier bezeichnet ſind. Doch iſt wohl keine derſelben aus einer frühern Zeit, als dem XIII., die dritte vielleicht erſt aus dem XV. Jahrhundert, wenn gleich Wenck ſie für älter hält.

riſten Aquilius Gallus, dem Zeitgenoſſen und vertrauten Freunde Cicero's [4]) zugeſchrieben, deſſen Formeln zu einem beſonderen Anſehen gelangten [5]). Die von ihm erfundene Einſetzungs-Formel für nachgeborne Enkel referirt Scävola wie folgt:

„Gallus sic posse institui postumos nepotes induxit: *si filius meus vivo me morietur, tunc si quis mihi ex eo nepos, sive quae neptis post mortem meam in decem mensibus proximis, quibus filius meus moreretur, natus, nata erit, heredes sunto.*"

Dieſe ſ. g. postumi Aquiliani — wie ſie von den Neueren genannt werden [6]) — ſind alſo Enkel, welche, nachdem ihr Vater ſchon beim Leben des Großvaters geſtorben war, nach des Letztern Tode geboren werden. Mit großer Vorſicht war aber in der Formel ausgedrückt, daß ſie auf den Fall zu Erben eingeſetzt ſeyn ſollen; (tunc — — — heredes sunto). Nur dadurch wurde es möglich, den Enkel von einem noch lebenden Sohne ſo wirkſam einzuſetzen, wie man ſchon vor Aquilius einen noch nicht gebornen Sohn hatte einſetzen können. Auf

4) *Cic.* de offic. III. c. 14.

5) S. die ebenangeführte Stelle von Cicero; auch L. 18. §. 1. D. de *acceptil.* (XLVI. 4.) und §. 2. Inst. quib. *mod. obl. toll.* Winckler l. l. §. IX. p. 271.

6) Man ſehe über dieſe und andere Benennungen der Poſtumen die der Schrift von Tilling (de postum. hered. inst. vel exher. P. II.) angehängte Tabelle; Höpfner Commentar über die Heineccíſchen Inſtitutionen §. 483. Note 3. E. C. Weſtphal Theorie des röm. Rechts von Teſtamenten §. 485 — 520. Thibaut Syſt. des Pandectenrechts Bd. II. §. 794.

dieſen paßte unbedingt der Begriff eines suus postumus [7]: lebte er jetzt, ſo war er suus heres, und, wann er auch geboren wurde, ſtets ſtand er unmittelbar in der Gewalt des Teſtirers, falls dieſer ſelbſt noch am Leben war. Anders verhielt ſich dies mit dem Enkel. Sein Vater konnte ihm immer noch vorgehen, mithin der Enkel nur als alienus postumus betrachtet werden. Ohne daß nun in der Formel ausgedrückt wurde: der Enkel ſolle auf den Fall eingeſetzt ſeyn, wenn er suus heres ſeyn würde, konnte nach den ſtrengen Begriffen der alten Jurisprudenz die Einſetzung ſchlechterdings nicht beſtehen. Aber auch eine Einſetzung unter der Bedingung der Suität, oder auf den Fall, daß der eingeſetzte Poſtumus bei ſeiner Geburt in der unmittelbaren Gewalt des Teſtirers, wenn dieſer noch lebte, geweſen ſeyn würde, — gieng früher nicht an. Denn eines Theils vertrug ſich die Hinzufügung von Bedingungen mit dem civilrechtlichen Teſtamente nicht [8], anderen Theils mußte Alles, wovon der Rechtsbeſtand einer letztwilligen Verfügung abhieng, namentlich auch in Anſehung der Fähigkeit des Erben ſchon zur Zeit des errichteten Teſtaments vorhanden ſeyn [9]. Jenes nun konnte man ſchon zur Zeit der Republik durch Anwendung der ſ. g. prätoriſchen Teſtamentsform bewirken [10], dieſes dagegen blieb auch im

7) *Ulp.* Fragm. XXII. §. 15. 19. Vgl. §. 26. Inst. *de legat.*

8) L. 77. D. *de regul. jur.*

9) L. 201. D. de reg. jur. L. 59. §. 1. D. *de hered. inst.* (XXVIII. 5.) §. 4. Inst. *de hered. qual. et differ.* — Vgl. *Franc.* Ramos *del* Manzano l. l. Pars II. cap. I. §. 2. (Meerman. P. VII. p. 238.)

10) *Cic.* orat. in Verr. I. c. 45. — v. Savigny Beitrag zur Geſchichte der römiſchen Teſtamente (in der Zeitſchrift für

neueren Rechte die Regel, jedoch mit mannigfachen Modificationen; und eine ſolche war denn eben die durch die Auctorität des Aquilius eingeführte Neuerung. Dadurch alſo wurde es möglich, einen Enkel, welcher, wenn er zur Zeit des errichteten Teſtaments gelebt hätte, nicht suus heres geweſen wäre, als postumus suus unter der Bedingung einzuſetzen, daß er dies bei ſeiner Geburt ſeyn würde [11]; woran denn die ſpäteren Juriſten noch mancherlei Folgerungen knüpften, die mit unſerem Gegenſtande in keiner eigentlichen Verbindung ſtehen [12].

hiſt. Rechtswiſſenſchaft Bd. I. Abh. V. S. 78.) Bd. 34. dieſes Commentars §. 1421. a. S. 263 fg.

11) Mit dieſer Erklärung ſtimmen die ältern Interpreten weſentlich überein, wenn ſie ſagen: Aquilius habe die Einſetzung eines *alienus postumus* auf den Fall, daß er als suus geboren werden würde, möglich gemacht. So z. B. Bartolus ad h. l., Baldus ibid., *Alexander* Tartagnus (oder *de* Imola) in dem (bei den meiſten gloſſirten Ausgaben ſich findenden) Summarium zu dieſer Stelle (v. Savigny Geſch. des röm. Rechts im Mittelalter Bd. VI. S. 162.). *Gabr.* Vallius l. l. p. 399. *Ant.* Faber conj. c. XI. p. m. 262. Altamiranus l. l. §. 3. 5. *Jan. a* Costa ad §. 1. Inst. *de exhered. liber.* u. A. Und dies ſcheint auch die Anſicht der juriſtiſchen Klaſſiker geweſen zu ſeyn, (ſ. die folg. Note) wie dies ſelbſt H. Donellus (a. a. O. pag. 136. 137. zugiebt, welcher übrigens mit andern, z. B. *Greg.* Majansius ad trig. ICt. l. l. §. XVII. sqq. die Richtigkeit dieſer Anſicht beſtreitet). Jedenfalls wird daraus am beſten erklärt, weshalb die Einführung einer beſondern Formel überhaupt nöthig erſchien, und nicht eine gewöhnliche Vulgarſubſtitution genügte; worüber wieder diejenigen unter ſich ſtreiten, welche von der hier angenommenen Erklärung abweichen.

12) Man darf dahin wohl die Aeuſſerung von Paulus rechnen

Für uns kommen hier nur durch die Ausdehnungen der Aquiliſchen Formel auf verwandte Fälle in Betracht. —

(L. penult. D. de *leg. I.*: „A fratris postumo fideicommissum dari potest; sola enim voluntas servatur in fideicommissis. *Et obtinuit Galli sententia, alienos quoque postumos legitimos nobis heredes fieri.*“ Der erſte Theil dieſer Stelle ſpricht nur den bekannten Satz aus, daß auch Inteſtaterben mit Fideicommiſſen belaſtet werden können. (L. 92. §. 2. D. *de leg. I.* u. a.). Aus dem Schlußſatze ſehen wir, daß früher ein nach dem Tode des Erblaſſers erſt geborner Agnat auch nicht als legitimus heres (als Inteſtaterbe) zugelaſſen wurde. Daß dies nun durch Aquilius direct geändert worden ſey, iſt ſchon nach alle dem, was wir über die Organe der Fortbildung des Rechts in Rom wiſſen, nicht glaublich; an eine Cautel oder Formel, welcher die Autorität ihres Urhebers häufigen Gebrauch ſicherte, konnte dies neue Recht nicht geknüpft werden; ein bloßes Erachten des Aquilius in Beziehung auf einen ſtreitigen Rechtsfall konnte wohl auf die Praxis des Centumviralgerichts Einfluß haben, allein daß man ſich alsdann auf ihn, als Urheber eines ſo wichtigen Rechtsſatzes berufen haben würde, iſt wenigſtens ſehr unwahrſcheinlich. Näher dürfte daher die Erklärung liegen, daß, ſeit Aquilius einmal die Einſetzung ſolcher Poſtumen eingeführt hatte, welche zur Zeit der Errichtung des Teſtaments doch nur als alieni anzuſehen waren, man auch kein Bedenken getragen habe, alienos postumos als nächſte Agnaten zur geſetzlichen Erbfolge zu laſſen. S. *Ant.* Merendae controv. jur. civil. Lib. XV. c. 1. §. 9—11. — Ob Aquilius durch ſeine Neuerung auch zu dem Aufkommen des Rechtsſatzes Veranlaſſung gegeben, den die Neuern meiſtens ſo ausdrücken: man könne jeden nur zur Zeit der Teſtamentserrichtung Unfähigen einſetzen, wenn man die Bedingung der Fähigkeit hinzufüge? — Dies iſt hier der Ort nicht zu unterſuchen. Ohnehin iſt es ſehr zweifelhaft, ob jener Rechtsſatz je bei den Römern in der obigen Aus-

Zuvörderſt hielt man die Anwendung der Formel auf entferntere Deſcendenten für ganz unbedenklich.

§. 2. „Idem credendum est Gallum existimasse et de pronepote [13]) ut dicat testator: *si me vivo filius decedat, tunc qui ex eo pronepos, et cetera.*“

Und zwar gilt dies nicht blos alsdann, wenn der Sohn bereits verſtorben, ſondern auch, wenn er noch am Leben und der Enkel mit Tode abgegangen iſt:

§. 3. „Sed et si vivo filio, jam mortuo nepote [14]),

dehnung gegolten habe. Denn die Stellen, worauf man ſie gründet, (L. 62. pr. D. *de hered. inst.* L. 51. pr. D. *de legat. II.*) ſprechen nicht von dem Mangel der ſ. g. testamenti factio passiva, ſondern nur von einem Solchen, der das jus capiendi (z. B. ex lege caducaria) nicht hatte, womit die Teſtamentsfähigkeit an ſich ſehr wohl beſtehen konnte; wie dies übrigens nicht erſt von jetzt lebenden Juriſten (ſ. v. Schröter in der Zeitſchr. für Civilrecht und Proceß Bd. II. S. 120 fgg.) bemerkt, ſondern faſt bei jedem gründlichen Juriſten aus früherer Zeit zu leſen iſt, welcher darüber zu ſprechen Veranlaſſung hatte. S. z. B. Schulting in not. ad Dig. ed. Smallenb. P. V. p. 66.; Chesius interpr. Lib. I. c. 1. und cap. 49. nr. 22.; *Greg.* Majansius ad trig. ICtor. fragm. T. II. p. 88. S. XXII.) u. A. — Vgl. übrigens auch noch meine doctrina Pand. Vol. III. §. 761. not. 3. der 3. Aufl.

13) So leſen die Flor. und Hal. Auch Cod. Lips. A. B. u. C., ferner Contius, Russardus u. A. Und dieſe Lesart iſt auch wohl beſſer als *nepote*, wie manche Handſchriften und Editoren haben (ſ. die Note 21. in ed. *Geb.*), da Scävola offenbar ſagen will: auf gleiche Art wie ein nachgeborner Enkel, könne auch ein Urenkel eingeſetzt werden.

14) Flor. *pronepote*, was offenbar ſinnlos iſt. *Nepote* leſen auch Cod. Lips. A. und die Gött. Handſchr. (Francke

cujus uxor praegnans esset, testamentum faceret, potest dicere: *si me vivo filius decedat*, *tunc qui pronepos*, et cetera."

Wie nun aber, wenn beide — Sohn und Enkel — zur Zeit der Teſtamentserrichtung noch lebten? Hier wird die Aquilianiſche Formel nur wirkſam angewandt, wenn der Enkel vor dem Sohne ſtirbt; denn ſonſt würde der nach dem Tode des Sohnes an deſſen Stelle beim Leben des Erblaſſers tretende Enkel das Teſtament rumpiren, mithin auch die Einſetzung des Urenkels über den Haufen fallen.

§. 4. „Num si et filius et nepos vivant, concipere utrisque mortuis vivo se, tunc qui pronepos nasceretur, poterit [15])? Quod similiter admittendum est, *ita sane*, *si prius nepos*, *deinde filius decederet*, ne successione testamentum rumperetur."

Aber warum mußte hier gerade der Enkel des Teſtirers vor dem Sohne geſtorben ſeyn? Meiſtens erklärt man dies dadurch, daß der Enkel präterirt ſey, mithin durch das Einrücken an ſeines Vaters Stelle das Teſtament rumpire. Dies hat auch Grund; nur darf es nicht ſo verſtanden werden, wie gewöhnlich geſchieht, daß der

a. a. O. S. 24. not. 7.) dann folgende Ausg. *Venet. Rubeor.* 1477. Tortis 1502. *Lugd.* Sylb. 1500. *Lugd.* Porta 1541. *Lugd.* Senneton. 1550. *Venet.* Junt. 1591, daß ſelbſt Haloander, welcher doch ſonſt keinen Anſtand nimmt, offenbare Fehler zu verbeſſern, *pronepote* hat, iſt auffallend.

15) Das *poterit*, welches freilich der Sinn erfordert, iſt wahrſcheinlich eine Conjectur Haloanders. Auſſer bei dieſem und Beck finde ich es nirgends.

Teſtirer den Enkel gar nicht bedacht habe; er hat es nur nicht auf gehörige Art gethan. Ja er konnte dies gar nicht bewirken, ehe durch die Lex Velleja die Einſetzung bereits lebender Deſcendenten, welche ſpäter erſt an die Stelle eines Näheren traten, möglich wurde. Man darf aber nicht vergeſſen, daß Scävola hier nur von der Aquiliſchen Formel und deren Anwendung ſpricht. Dieſe Formel nun gieng auf den Fall der agnatio postumi beim Leben des Erblaſſers gar nicht, konnte mithin auch einer daraus zu befürchtenden Ruption des Teſtaments nicht vorbeugen. Geſetzt alſo, auch der Teſtirer hätte Sohn und Enkel ausdrücklich eingeſetzt, ſo konnte dennoch das Teſtament nach jus civile nicht aufrecht erhalten werden, wenn der Sohn des Teſtirers vor dem Enkel ſtarb und dieſer in die Stelle ſeines Vaters einrückte. Zwar leidet es keinen Zweifel, daß der Urenkel bonorum possessionem secundum tabulas erhielt, wenn ſein Vater noch vor dem teſtirenden Großvater geſtorben war [16]). Allein, wie geſagt, nicht davon iſt hier die Rede, wie ein ſolches Teſtament überhaupt zu Recht beſtehen könne, ſondern lediglich von der Aquiliſchen Formel, ihrer Anwendung und ihrer Wirkung nach dem jus civile [17]).

16) L. 12. pr. D. *de inj. rupto irrito facto test.* (XXVIII. 3.) — Majansius ad trig. ICtor. fragm. P. II. p. 91. §. XXVII. in f.

17) *J. L.* Conradi diss. super caut. Aquillia etc. p. 16. — Man kann es bei der Interpretation der L. Gallus nicht oft genug vor Augen haben, daß Scävola bei Erklärung der Aquil. Formel und des Vellejiſchen Geſetzes ja keineswegs fragt: ob nach dem zu ſeiner Zeit geltenden Rechte eine auf dieſe oder jene Art erfolgte Einſetzung eines Poſtumus nicht überhaupt zu Recht beſtehen könne, (denn dann

Ueberhaupt aber genügte die aquiliſche Formel allein nicht zur giltigen Einſetzung nachgeborner Enkel, ſondern es mußte hier wie in den übrigen Fällen der institutio postumorum, auch der Sohn des Erblaſſers gehörig eingeſetzt ſeyn, weil ſonſt ja das Teſtament gleich Anfangs nicht hätte beſtehen können [18]). Dies bemerkt auch Scävola ſelbſt in unſerer Stelle, nämlich §. 10. zu Anfang: „In omnibus his speciebus illud observandum [19]) est, ut filius [20]) duntaxat, qui est in potestate, ex aliqua parte sit heres institutus.“ Nur der Sohn alſo (filius *duntaxat*) brauchte eingeſetzt zu werden; war der unmittelbare Deſcendent ein Enkel, von welchem man einen Urenkel mit der Aquilianiſchen Formel einſetzen wollte, ſo durfte Jener, unbeſchadet der Giltigkeit des Teſtaments, präterirt werden [21]). Eine

würde, nach der richtigen Bemerkung von Merenda l. l. Lib. XV. c. III. §. 1. ein Theil ſeiner Unterſuchungen ganz überflüſſig ſeyn), — ſondern daß er eben nur die vorhandenen Vorſchriften interpretiren und ihre Anwendung zeigen will.

18) L. 7. L. 30. D. *h. t.* L. 2. C. *eod.* (VI. 29.)

19) *Flor. servandum.* Observandum leſen: Cod. Lips. A. C. *Venet.* Rubeor. 1477. Tortis 1502. *Lugd.* Syll. 1500. und die übrigen Not. 14. citirten Ausgaben, auch Hal.

20) Cod. Lips. A. C. *ut et filius* eben ſo *Venet.* Rubeor. 1477. Tortis 1502. *Lugd.* Sylb. 1500.

21) *Gaji* inst. II. §. 124. *Ulp.* Fragm. XXII. §. 17. Pr. Inst. de exher. liber. L. 29. §. 10. in f. D. *h. t.* „certe nec in nepote et pronepote, quorum si liberi heredes instituuntur, institutionem nunquam exigimus, quia possunt praeteriri. (Nur als postumi mußten auch die Enkel ausdrücklich eingeſetzt oder enterbt werden; *Gaji* inst. II. §. 134.) Die eben angeführte L. 29. §. 10. iſt mithin von ſolchen

ſtillſchweigende Einſetzung des Sohnes nun ſcheint ſchon in den Worten: si filius meus vivo me morietur u. ſ. w. zu liegen. Doch auch ohne ſich in eine Erörterung der Frage einzulaſſen, welche die Neueren ſo auszudrücken pflegen: num in conditione positus pro instituto habendus sit? — d. h. ob dadurch, daß Jemand unter der Bedingung zum Erben eingeſetzt iſt, wenn ein Anderer beim Tode des Erblaſſers nicht mehr am Leben ſeyn, oder doch nicht deſſen Erbe werden würde, dieſer nunmehr als zunächſt eingeſetzt zu betrachten ſey [22]? — wird man nach dem zur Zeit der juriſtiſchen Klaſſiker geltenden Rechte das Gegentheil als entſchieden annehmen dürfen [23], beſonders wenn von Einſetzung eines Hausſohns die Rede iſt. Es muß daher hier, (wie in anderen Fällen, wo ſchlechthin nur von der Einſetzung nach der Aquiliſchen Formel, oder dem Vellejiſchen Geſetze gehandelt wird) ſubintelligirt werden, daß der Sohn auf gehörige Weiſe im Teſtamente berückſichtigt worden ſey [24]. War dies aber geſchehen, ſo band man ſich in ſoferne nicht ſtreng an die Formel, als man es nicht für nöthig hielt, die Einſetzung des Enkels von dem

Fällen zu verſtehen, wo der nächſte Descendent ſchon ausgeſchieden iſt, und Kinder eines entfernteren Descendenten eingeſetzt werden ſollen). Merenda l. l. Lib. XV. c. 4. §. 24—26. Majansius l. l. p. 97. §. XXXVII.

22) S. meine doctr. Pand. Vol. III. §. 665. Not. 6.

23) L. 16. §. 1. D. *de vulg. et pup. subst.* (XXVIII. 6.) L. 19. D. *de hered. inst.* (XXVIII. 5.) — *A.* Fabri conj. IX. c. X.

24) *Glossa* ad h. l. auch *A.* Faber in der Not. 23. angeführten Stelle. — Von der abweichenden Meinung des Bartolus wird weiter unten die Rede ſeyn.

beim Leben des Erblaſſers eintretenden Tode des Sohns ausdrücklich abhängig zu machen, d. h. es ſollte dies als ſich von ſelbſt verſtehend vorausgeſetzt werden dürfen. Die ausdrückliche Erwähnung der Eingangsworte der Formel mußte um ſo mehr als überflüſſig erſcheinen, als ja bei der Einſetzung des Enkels die Worte: „in decem mensibus proximis, quibus filius moreretur“ nicht fehlen durften, mithin gar kein Zweifel darüber ſtatt finden konnte, auf welchen Fall der Enkel eingeſetzt ſey. So iſt der §. 1. unſerer Stelle zu verſtehen: „Quidam recte admittendum credunt, etiam si non exprimat de morte filii, sed simpliciter instituat, ut eo casu valeat, qui ex verbis [25]) concipi possit.“ Die verſchiedenen Erklärungen dieſer Stelle finden ſich ſchon in der Gloſſe angedeutet [26]). Die einfachſte iſt gewiß die vorhin gegebene, welche man auch ſo ausdrücken kann: Es iſt nicht gerade nöthig, daß die Aquiliſche Formel buchſtäblich angewandt werde; wenn ſich

25) Die Lesart: *sex verbis* (ſ. Schulting not. ad Dig. ed. Smallenb. P. v. p. 24.) verdient ſicher keine Beachtung.

26) S. die Accurſiſche Gloſſe zu dieſer Stelle, welche ihre Erklärung ſo beginnt: „Hic incipiunt verba Scaevolae Gallum reprehendentis — — — *prima reprehensio*“ u. ſ. w. Daß Scävola es hier ſo recht eigentlich auf einen Tadel des Aquilius angelegt gehabt, iſt denn auch die allgemeine Meinung der Juriſten aus der Periode, welche auf die Gloſſatoren folgt. Die ſpäteren Juriſten z. B. Alciati (deſſen ungebührlich weitſchweifiger Commentar zu dieſer Stelle l. l. von p. 493—526 geht) *Ram. del* Manzano (l. l. p. 238), Duarenus, Taurellus, Donellus u. A. bemerken dagegen mit Recht, daß ſich in der ganzen Stelle nicht eine Spur von Tadel, oder ſelbſt nur einer Kritik der Formel des Aquilius finde.

nur aus den Worten ergiebt [27]), daß ein Enkel eingeſetzt ſey, welcher als suus geboren werden würde [28]), und zwar nachdem zuerſt ſein Vater, und dann der Teſtirer mit Tode abgegangen [29]).

Nach einer anderen Erklärung ſoll der Sinn ſeyn: Hat der Teſtirer auch nicht geſagt: si filius meus vivo me morietur, ſo iſt dies nicht nur unſchädlich, ſondern ſogar vortheilhaft, indem alsdann das Teſtament gilt, auch wenn der Sohn nicht durch ſeinen Tod, ſondern auf andere Art, z. B. durch Deportation aus der Gewalt des noch lebenden Vaters tritt [30]). Allerdings läßt ſich die Stelle ſo verſtehen. Und allerdings gehörte die-

27) Das *ex verbis* concipi potest wollen Manche auf die Worte der Aquiliſchen Formel beziehen; ſelbſt Merenda a. a. O. Doch natürlicher iſt es gewiß, jenen Ausdruck von den Einſetzungsworten zu verſtehen, und eben ſo wenig iſt es nöthig, hier zu einer gezwungenen Erklärung ſeine Zuflucht zu nehmen, um den Sinn zu finden: daß doch immer der weſentliche Inhalt der Aquil. Formel ausgedrückt ſeyn müſſe. Denn dies verſteht ſich von ſelbſt, da Scävola hier ja nur von der Anwendung dieſer Formel ſpricht. S. oben Note 17.

28) Dies nehmen auch die in Note 30. genannten Rechtslehrer an, wenn ſie gleich nicht erfordern, daß der Sohn des Teſtirers durch den Tod ausgeſchieden ſey.

29) Im weſentlichen ſtimmen von den Note 2. angeführten Juriſten hiermit überein: Duarenus l. l. p. 354. *Ant.* Goveanus l. l. §. 23. in f. und rep. prael. p. 328. Taurellus p. 1614. Donellus p. 140 sq. Charondas p. 722. Vallius p. 399 sq. *A.* Faber conj. IX. 12. Altamiranus l. l. p. 464. Merenda Lib. XV. c. III. nr. 1.

30) Cujacius l. l. p. 1097. *Ramos del* Manzano p. 239. *A.* Conradi l. l. pag. 14 sqq. Majansius l. l. pag. 89 sqq. Franke Notherbenrecht. S. 24.

ſer Fall nicht unter die Vorſchrift der Lex Velleja [31]. Allein gerade ein ſolcher Fall wird weiter unten (§. 5.) als zweifelhaft vorgetragen, und um hier die Einſetzung des Enkels für giltig zu erklären, ausdrücklich die Analogie der Lex Velleja zu Hilfe genommen [32], da dieſes Geſetz zwar nur von ſolchen postumis handelte, die beim Leben des Erblaſſers erſchienen, indeſſen doch alle und jede Fälle umfaßte, wodurch der nächſte Deſcendent ausſchied. Es iſt alſo gewiß nichts weniger als wahrſcheinlich, daß Scävola, wenn er die Eingangsworte der Formel (si filius meus vivo me morietur) für überflüſſig erklärt, damit ſagen wollte: es komme nichts darauf an, ob der Sohn durch Tod oder auf andere Weiſe aus der väterlichen Gewalt ſcheide. Er ſpricht vielmehr hier (§. 1.) überall noch nicht von einer Ausdehnung der Formel, ſondern nur von ihrer Faſſung; erſt, nachdem dies erledigt iſt, kommt er auf die Ausdehnungen, wobei er denn von den allereinfachſten, ſich faſt von ſelbſt verſtehenden Fällen, zu den verwickelteren fortſchreitet.

Ganz verwerflich aber iſt die Erklärung, welche einige ältere Juriſten, z. B. Bartolus (ad *h. l.*) von der Stelle gegeben haben: Es komme hiernach nämlich nur darauf an, daß der Enkel eingeſetzt werde, die Art, wie dies geſchehe, ſey völlig gleichgiltig. Wenn daher der Erblaſſer auch blos ſage: „si quis mihi nepos post mortem meam nascetur, heres esto,“ ſo ſey nun in Folge der Neuerung des Aquilius Gallus (und jener

31) L. 29. §. 5. C. *h. t.* — „Hi enim casus et omnes, ex quibus suus heres post mortem avi nascitur, non pertinent ad Legem Vellejam.“

32) L. 29. §. 6. D. *h. t.*

Auslegung des Scävola) die Einſetzung des Enkels wirkſam, ſobald der Fall eintrete, auf den ſie berechnet worden, alſo des Erblaſſers Sohn beim Anfall der Erbſchaft nicht mehr lebe; denn dies ſey hier der Fall *qui ex verbis concipi possit*. Ferner ſey als Aquilianiſche Erbeinſetzung die folgende zu behandeln: „filium et nepotem, qui ex eo mihi nascetur, post mortem meam heredes instituo,“ oder auch: filium et nepotem ex eo instituo“ u. ſ. w. Dadurch würden Vater und Sohn nicht etwa Miterben, ſondern es müſſe angenommen werden, daß der Teſtirer von der natürlichen und gewiſſermaſſen nothwendigen Folge, nach welcher der Vater vor dem Sohne erbt, nicht abgewichen ſey. — Dieſe Anſicht hebt alle Beſtimmtheit nicht nur der Formeln, ſondern auch der Begriffe auf, und hat bereits an A. Faber einen gründlichen Gegner gefunden [33].

33) *A.* Faber conj. Lib. IX. cap. 10 — 12; Lib. X. c. 1. und in den Errores Pragmaticor. Dec. XXIII. err. VIII. — Man vergl. was oben (Note 11. und in dem dazu gehörigen Texte) über den Grund der Neuerung des Aquilius, ferner, was an einem andern Orte (Note 17.) über die Nothwendigkeit geſagt wurde, die Fragen, mit deren Erläuterung ſich Scävola in dieſer Stelle beſchäftigt, nicht mit einander zu verwechſeln. Geht man bei dem §. 1. von dem Geſichtspunkt aus: es habe der Ausdruck dadurch für gleichgiltig erklärt werden ſollen, ſobald nur aus den Worten die Abſicht des Teſtirers erhelle, den Poſtumus für den Fall, daß er auf irgend eine Weiſe Suitätsrecht bei der Delation des Erbrechts erhalten haben würde, einſetzen zu wollen: ſo begreift man wahrlich nicht, wozu alsdann noch die folgenden Unterſuchungen dienen ſollten, und wie überhaupt noch irgend ein Zweifel bei den Fällen möglich war, die mit ſo großer Sorgfalt, man kann ſagen, mit einer faſt ängſtlichen Abwägung der Gründe erörtert werden.

Die Anwendung der Aquiliſchen Formel erfordert alſo im weſentlichen: erſtlich, daß ſowohl der nächſte Deſcendent, als auch der postumus eingeſetzt werden, und zwar nicht als Miterben, ſondern ſo, daß beide in verſchiedenen Graden ſtehen [34]. Sodann, daß er als Notherbe, und zwar unter der Bedingung, wenn er bei ſeiner nach dem Tode des Erblaſſers eintretenden Exiſtenz Notherbe ſeyn wird, eingeſetzt werde [35]. Dadurch unterſcheidet ſich denn dieſe Einſetzung ſehr beſtimmt von einer bloßen Vulgar-Subſtitution; die für die letztere übliche Formel konnte hier gar nicht einmal angewandt werden, ſelbſt alsdann nicht, wenn man ſie etwa ſo ausgedrückt hätte: „Si filius meus heres non erit, tunc, qui mihi ex eo post mortem meam nascetur nepos, heres esto.“ Denn dieſe Subſtitution umfaßte auch den Fall, wo die Erbſchaft dem Sohne deferirt war, und dieſer etwa abſtinirte; folglich ließ ſich alsdann immer noch ſagen: der Enkel ſey hier nicht als suus heres eingeſetzt [36].

Dagegen eine Enterbung des Sohns war mit der Aquiliſchen Formel unverträglich. Dies erklärt Scävola da, wo er von der Nothwendigkeit, denſelben einzuſetzen ſpricht, mit folgenden Worten: „nam frustra exheredabitur post mortem suam“ [37]. — Die Wirkſamkeit

34) L. 37. pr. D. de hered. inst. XXVIII. 5. — Vgl. Chesius ad Pr. L. 29. D. *h. t.* nr. 33 sqq. (Ipdt. Rom. et Att. T. II. p. 247.) Majansius l. l. p. 84 sq. §. XV.

35) Vgl. auch noch Tilling de heredib. inst. vel exher. P. II. p. 66. 70.

36) S. hier inſonderheit *A.* Faber conj. Lib. IX. c. 12.

37) L. 29. §. 10. D. *h. t.*

einer Enterbung hängt davon ab, daß der eingeſetzte Erbe die Erbſchaft erwirbt [38]); im Grunde liegt alſo ein Widerſpruch darin, wenn der Erblaſſer die Möglichkeit des Erbſchaftserwerbs von dem Tode des Enterbten abhängig macht, weil man ſich dieſen dann doch immer, ſo lange er lebt, als eingeſetzten Erben denken muß. So entſtand denn ſehr natürlich die Regel: die Enterbung kann nicht auf den Todesfall des Enterbten geſchehen [39]), und da Enterbungen überhaupt nicht begünſtigt ſind [40]), ſo brachte man dieſe Regel möglichſt ſtrenge zur Anwendung, ſelbſt da, wo jener Widerſpruch ſich eigentlich nicht findet, wie namentlich hier der Fall iſt: der Teſtirer will nämlich ſeinen Sohn ausſchließen, und einen noch nicht gebornen Enkel von ihm zum Erben einſetzen, um ſein Teſtament aber gegen Ruption vollſtändig zu ſichern, durch ſeine Einſetzungsformel auch den Fall mit umfaſſen, wenn der Enkel erſt nach dem Tode ſeines Vaters geboren werden würde. Daß dieſe Abſicht durch Anwendung einer Regel des Civilrechts geradezu nicht erreicht werden konnte, hat lediglich in dem Odium exheredatio-

38) L. 30. pr. D. *de bon. poss. contra tab.* (XXXVII. 4.) L. 12. §. 5. D. *de bon. libertor.* XXXVIII. 2. („Ex testamento autem, ex quo neque adita hereditas est, neque petita bonorum possessio, liberis exheredatio non nocet“) — L. 5. §. 2. D. *de her. inst.* — L. 181. D. *de reg. jur.*

39) L. 13. §. 2. L. 29. §. 10. D. *h. t.* Dieſer Regel ſteht auch der L. 28. in f. D. *de condit. inst.* (XXVIII. 7.) nicht entgegen, ſie wird vielmehr dadurch noch beſtätigt, wie ſehr gut dargethan iſt, von Foerster *de bon. poss.* p. 65 sq. not. 51. — Auf ähnliche Art erklärt auch Taurellus ad L. Gall. l. l. p. 1619.

40) L. 19. in f. D. *h. t.*

num ſeinen Grund [41]. Wollte er daher ſeinen Zweck durchſetzen, ſo mußte er dem Poſtumus einen Miterben geben, oder demſelben wenigſtens für den Fall, daß er nicht geboren werden würde, einen Erben ſubſtituiren; denn alsdann war ja in jedem Falle Jemand da, der den Sohn ausſchloß, mithin fiel der Grund ganz weg, aus welchem allein die Ungiltigkeit einer ſolchen Enterbung gefolgert werden konnte [42]. — Die Enterbung des

41) Alciati l. l. p. 652. — *Ant.* Faber conj. Lib. IX. c. 10. p. 257 sqq. — Foerster *de bon. poss.* p. 64. u. p. 122 sq. — Was *Paul.* Castrensis u. a. ältere Interpreten ad h. l. über die Möglichkeit ſagen, die Giltigkeit der Einſetzung hier dadurch zu bewirken, daß man den Sohn nicht ausdrücklich enterbe, ſondern ihn gar nicht erwähne, zerfällt in ſich ſelbſt, da die Präterition eines Notherben ja nicht wirkſamer ſeyn kann, als die Enterbung deſſelben. S. *A.* Faber l. l. p. 257. Col. B.

42) S. Merenda l. l. Lib. XV. c. III. §. 18. 19. und Foerster l. l. p. 123. not. 47. Durch Quellen-Belege läßt ſich die im Texte vorgetragene Modification des obigen Grundſatzes zwar nicht unterſtützen; da ſie aber die Conſequenz für ſich hat, ſo wird man ſie wohl zulaſſen müſſen, bis das Gegentheil aus den Quellen ſelbſt nachgewieſen wird. Eine bloße Berufung auf Scävolas Aeußerung in dem §. 10. kann hier nichts entſcheiden; denn Scävola trägt ja eben nur den Fall vor, wenn der Teſtirer den Sohn enterben, und einen noch nicht gebornen Enkel von demſelben simpliciter einſetzen will. Zwar iſt A. Faber (a. a. O. S. 258 ff.) eifrig bemüht, zu zeigen, daß durch Ernennung eines Miterben, oder durch eine Subſtitution hier nicht habe geholfen werden können. Allein ſeine Bemerkungen, ſo ſcharfſinnig ſie zum Theil ſind, würde auch wohl der ſtrengſte Anhänger des alten Civilrechts unter den röm. Juriſten allzu ſubtil gefunden haben. Und wenn Faber unter andern erinnert, daß ja eine Enterbung von allen Graden

Nachgebornen ſelbſt konnte übrigens unbedenklich erfolgen [43].

erfolgen müſſe, der Sohn aber immer doch in Anſehung des Poſtumus nicht für giltig ausgeſchloſſen gehalten werden könne, ſo konnte (nach der richtigen Bemerkung Merenda's a. a. O.) dieſes Hinderniß dadurch beſeitigt werden, daß der Erblaſſer die Enterbung ganz voranſtellte. (L. 3. §. 3. D. *h. t.*). Nun war dafür geſorgt, daß der Sohn unter allen Umſtänden als ausgeſchloſſen erſchien, d. h. von ſeinem Leben oder Tod hieng für den Erwerb der Erbſchaft nichts ab; denn, wenn auch der postumus nicht geboren wurde, ſo erbte er darum doch nicht, mithin war ſein Recht in Beziehung auf die Erbſchaft durch die Art und Weiſe, wie des Poſtumus gedacht war, keineswegs im Ungewiſſen gelaſſen. — Uebrigens konnte nach dem praktiſchen Rechte der Erblaſſer ſeinen Zweck auch noch wohl auf einem einfacheren Wege erreichen, worüber das Nähere unten bei den Schlußbemerkungen zu dieſer Erörterung über die L. *Gallus* vorkommen wird. — Zu weit geht aber Merènda, wenn er (a. a. O. §. 20 sq.) meint: die Enterbung des Sohnes gelte ſtets, wenn der Teſtirer die Ausſchließung des Sohnes in vollem Ernſte beabſichtige (und alſo dies auch ausdrücke); ſie gelte nur dann nicht, wenn ihm eigentlich nur daran liege, daß das Teſtament nicht agnatione postumi rumpirt werde, und er lediglich durch die Meinung, der Sohn ſelbſt werde vor ihm mit Tode abgehen, bewogen worden ſey, denſelben, ſtatt ihn einzuſetzen, vielmehr zu enterben, weil er dies im Effect für gleichbedeutend hielt. Wenn dergleichen Rückſichten hier entſcheiden könnten, ſo müßte man eher glauben, daß im letztern Falle das Teſtament aufrecht erhalten worden wäre, vorausgeſetzt nämlich, daß der frühere Todesfall des Sohnes wirklich eintrat.

43) *Gaji* inst. II. §. 130. (§. 1. I. *de exher. liberor.*) L. 8. in f. L. 14. pr. et §. 2. D. *h. t.* L. 5. D. *de inj. rupto, irrit. facto test.* — Uebrigens iſt die Bemerkung Suerin's (in Otton. thes. IV. p. 74.) nicht ohne Grund, daß die

Soviel hier von den Aquilianiſchen Poſtumen; denn die im §. 5 — 9. von Scävola erörterten Fälle, welche ſich freilich ebenfalls an die Formel des Aquilius anſchließen, können erſt verdeutlicht werden, wenn zuvor von den nach der Lex Velleja eingeſetzten Poſtumen (den ſ. g. Vellejaniſchen) gehandelt ſeyn wird.

B) Die Lex Velleja ſteht dadurch in einem beſtimmten Gegenſatze zu dem bisher dargeſtellten Rechte, daß ſie auch die Einſetzung der beim Leben des Teſtirers erſcheinenden Poſtumen geſtattet.

§. 11. „Nunc de lege Velleja videamus; *voluit vivis nobis natos similiter non rumpere testamentum.*“

Von den Neueren werden die nach dieſer Lex eingeſetzten Poſtumen häufig als Vellejani primi und secundi bezeichnet, je nachdem die Einſetzung nach dem erſten, oder nach dem zweiten Kapitel der Lex erfolgte [44]). Das

Enterbung des Poſtumus nicht mit der Aquil. Formel geſchehen konnte, da dieſe Formel ja nur auf Einſetzung gieng. Indeſſen zweifelte man ſicher nie daran, daß, ſeit ein nachgebornes Kind eingeſetzt werden durfte, auch die Einſetzung deſſelben ſo gut, wie die eines lebenden Kindes möglich ſey. — Vgl. *Barth.* Chesii different. jur. c. 73. in Heineccii Jpdnt. Rom. et. Att. T. II. pag. 840.

44) Gewöhnlich ſpricht man hier von einer Einſetzung nach der Formel des Vellejiſchen Geſetzes. Allein das Geſetz ſchrieb überall keine Einſetzungsformel vor, wie Aquilius. Dieſer erfand eine Cautel, welche ſich ganz nahe an das geltende Recht anſchloß, um auf dieſem Wege die Einſetzung entfernterer Poſtumen möglich zu machen; einer ſolchen Vermittlung bedurfte der Geſetzgeber nicht, um ſeine Abſicht, die Teſtamente gegen Ruption zu ſichern, durchzuſetzen. *A.* Faber conj. IX. c. XVII. p. 277. Col. B.

erſte Kapitel ſoll nach der von Winckler [45]) verſuchten Wiederherſtellung ſo gelautet haben:

Qui testamentum faciet, is omnis virilis sexus nondum nati, qui ei suus heres futurus erit, instituendi potestatem habeto. Quique ita scripti erunt, recte instituti sunto, etiam si parente vivo nascantur. Ni instituti sint, vel nominatim exheredati, testamentum ruptum esto.

Einzelne Ausdrücke und Wendungen ſcheinen hier zu modern, als um ſie für verba legitima halten zu dürfen. Indeſſen ſtellen ſich dieſer Wiederherſtellung auch noch andere Bedenklichkeiten entgegen. — Scävola äuſſert ſich zuvörderſt über den Inhalt des erſten Kapitels ſo (§. 12.):

„Et *videtur* primum caput eos spectare, *qui quum nascerentur, sui heredes futuri essent.*"

Ganz deutlich und beſtimmt war wohl der Ausdruck des Geſetzes nicht. Doch litt das keinen Zweifel, daß der Geſetzgeber bei dieſem Theile ſeiner Dispoſition ſolche Poſtumen vor Augen hatte, welche beim Leben des Teſtirers geboren wurden und unmittelbar durch ihre Geburt das Recht eines *suus heres* erhalten, ſeyen es Deſcendenten des erſten oder eines entfernteren Grades. Aus dem allgemeinen Ausdruck des Geſetzes folgerte man denn auch, daß ein nachgeborner Enkel nicht nur alsdann giltig eingeſetzt werden konnte, wenn ſein Vater zur Zeit der Teſtamentserrichtung ſchon verſtorben, oder ſonſt aus der Gewalt herausgegangen war, ſondern auch wenn derſelbe damals noch lebte; denn

45) Winckler l. l. §. 11. (opusc. I. p. 276.)

nur auf den Zeitpunct der Geburt des Enkels kommt es hier an, nicht auf die Zeit des errichteten Teſtaments[46].

„Ergo et [47], si filium habeas, et nepotem nondum natum tamen [48] ex eo heredem instituas, filius decedat, mox vivo te nepos nascatur, ex verbis [49] dicendum est, non rumpi testamentum, ut non solum illud primo capite notaverit, si nepos eo tempore instituatur [50], quo filius non sit, verum et si vivo patre."

46) „Quid enim necesse est" (heißt es gegen den Schluß des §. 12.), „tempus testamenti faciendi respici, quum satis sit observari id tempus, quo nascitur."

47) So Cod. Lips. A. B. C. und die oben (Note 14.) citirten ältern Ausg. Contius, Ruſſardus und Pacius leſen mit der Florentina: *et rogo.*

48) Die Florent. Lesart *tantum* ſt. *tamen* findet ſich auch in den Leipz. Codd. und in den meiſten Editt. Es fehlt aber auch der beſſern Haloandriniſchen Lesart (tamen) nicht an handſchriftlicher Autorität. S. Franke a. a. O. S. 33. not. 33. Doch ſehe ich nicht ein, weshalb Franke die Flor. Lesart für ſinnlos erklärt. „Nondum natum tantum" kann heißen: einen nur noch nicht gebornen, aber bereits concipirten Enkel. Majansius l. l. p. 99. §. XLI.

49) Cod. Lips. A: *ex verbis et vernis dic.* Cod. Lips B: *ex vivis dic.* Cod. C: *ex verbis vivis dic.* Beſſer leſen die oben (Not. 14.) angeführten ältern Ausg. (außer Hal.) *et verius dic.*, wobei man denn das Vorausgehende als Frage denken muß. Franke a. a. O. S. 331. Doch verdient die Flor. Lesart *ex verbis*, welcher auch die beſſern Editt. gefolgt ſind, unſtreitig den Vorzug. Scävola will hier ſagen: nach dem allgemeinen Ausdruck des Geſetzes iſt anzunehmen, das Teſtament bleibe giltig.

50) So Cod. Lips. A. u. C. Ferner Hal. *Lugd.* Porta 1541. *Lugd.* Sennet. *Venet.* Junt. 1591. — Andere

Die Florentina lieſt: verum et si vivo patre *nascatur*, und auch in anderen Handſchriften findet ſich dieſe Lesart [51]. Nichts deſto weniger muß das *nascatur* aus überwiegenden Gründen verworfen werden [52]. Das erſte Kapitel der Lex Velleja handelte nämlich von Poſtumen, die unmittelbar durch ihre Geburt Suitätsrechte erhalten. Dies nun wäre für einen nachgebornen Enkel, welcher beim Leben ſeines Vaters geboren wird, nur möglich, wenn der Vater zu einer Zeit, wo der Poſtumus bereits concipirt war, durch irgend eine capitis deminutio aufgehört hätte, suus heres des Teſtirers zu ſeyn [53]. Und hätte Scävola auch dieſen, gewiß nicht

leſen: si nepos ex eo temp. inst. (z. B. *Venet.* Rubeor. 1477. u. *Lugd.* Sylb. 1500.). Dagegen die Flor., und nach ihr denn auch *Cont. Ruſsard.* Pac. *Geb.* Sp. hat: si nepos, *qui* eo temp. inst., was allen grammatiſchen Zuſammenhang aufhebt. Franke a. a. O. S. 34. Note 35. — Majanſius (l. l. pag. 99. §. XLI.) ſchlägt vor *quidem* zu leſen, und es iſt allerdings möglich, daß nur durch falſche Auflöſung einer Sigle aus *quidem* ein qui gemacht iſt.

51) z. B. Cod. Lips. A. B. — Hal. verwirft das *nascatur*; Contius, Ruſſardus und die meiſten Editt. folgen auch hier der Flor. Cujacius ad h. l. will *instituatur* leſen, was den Sinn auch ſehr gut ausdrückt, allein wegen des vorausgegangenen *instituatur* ſich ſchon von ſelbſt verſteht. Ueber dieſen Vorſchlag äußert ſich ſehr tadelnd *Jac.* Constantiaeus subtil. enodation. Lib. I. c. XXX. (in Ottonis thes. IV. p. 537.); allein aus Gründen, die oben im Texte widerlegt worden. S. auch die folgende Note 52.

52) *A.* Faber conj. Lib. IX. cap. XVII. und Franke a. a. O. S. 34. not. 36.

53) Denn auch dann wird der postumus als suus heres der

häufigen, Fall vor Augen gehabt, ſo würde er ja doch immer nicht ſo ganz allgemein haben ſagen können, nach dem erſten Kapitel der Lex Velleja ſey auch die Einſetzung der noch beim Leben ihres Vaters gebornen Enkel geſtattet. Daß er dies aber auch nicht ſagen wollte, ergiebt ſich überdies auf das Deutlichſte aus der Art, wie der Fall geſtellt iſt: wenn Jemand beim Leben ſeines Sohnes teſtirt, dieſer nun ſtirbt und hierauf ein Enkel von demſelben zur Welt kommt — („si — filius decedat, et *mox* — nepos nascatur“), ſo ſoll die Einſetzung des Enkels nach der Lex Velleja zu Recht beſtändig ſeyn. Alſo lediglich darauf bezog ſich der Zweifel: ob nicht der Sohn auch ſchon zur Zeit der Teſtamentserrichtung mit Tode abgegangen ſeyn müſſe? und nur dies wird von Scävola verneint. Es iſt daher wohl die Annahme ganz unbedenklich, daß das *nascatur* durch ein Verſehen des Abſchreibers in den Text gekommen ſey, — ein Verſehen, welches ſich übrigens ſehr leicht daraus erklärt, daß es kurz vorher heißt: mox vivo te nepos nascatur,“ und am Schluſſe der Stelle wieder von Poſtumen die Rede iſt, welche „parente vivo nascantur“, und zwar noch dazu an dem Orte, wo die Geſetzesworte ſelbſt referirt werden [54].

der Gewalt ſeines Großvaters unterworfen; §. 9. I. *quib. mod. jus pat. pot. solv.*

54) Von den Vertheidigern der Florent. Lesart beziehen einige die Entſcheidung auf den Fall, der doch erſt im §. 15. als beſonders zweifelhaft vorgetragen wird; wogegen eine Beziehung auf die oben (Note 17.) vorgetragene Bemerkung genügen wird. Andere, welche hier von dem richtigen Geſichtspunkte ausgehen, ſind zu zeigen bemüht, daß ſich damit das *nascatur* ſehr wohl vertrage. So meint Taruellus

Scävola nun, nachdem er ſich auf die vorſtehende Art über den Sinn des erſten Kapitels geäuſſert, begründet ſeine Erklärung (— es komme nur darauf an, daß der beim Leben des Erblaſſers geborne Poſtumus unmittelbar durch ſeine Geburt suus heres werde, nicht aber darauf, ob zur Zeit der Teſtamentserrichtung ein Näherer vorhanden ſey, oder nicht) — durch eine Relation der Geſetzesworte ſelbſt:

„Nam ita verba sunt [55]): qui testamentum faciet, is omnes [56]) virilis sexus, qui ei suus he-

(l. l. p. 1620.), es dürfe dies Wort nicht mit dem unmittelbar vorausgehenden *vivo patre* in Verbindung geſetzt werden, ſondern gehöre zu: si *nepos*, ſo daß der Sinn ſey: „ nicht blos wenn der Enkel, welcher ſpäter als suus heres geboren wird) erſt nach dem Tode, ſondern auch wenn er ſchon beim Leben deſſelben eingeſetzt wird. Auf gleiche Weiſe erklären die Stelle Merenda l. l. cap. IV. §. 5. Majansius l. l. und Stryk l. l. (opp. praest. P. III. p. 166.) Aber dieſer Sinn iſt ohne willkührliche Ergänzungen ganz unmöglich.

55) Die Flor. hat: Nam *etsi* ita verba sunt. So auch die Leipz. Codd. und die meiſten Editoren. Der Sinn erfordert mit Hal. das etsi wegzuwerfen, wenn man nicht mit Hotman (a. a. O. p. 165.) annehmen will, daß der urſprüngliche Text ſey: nam *et* ita verba sunt. Mit dem richtigen Sinne unverträglich iſt die Lesart *tametsi*, für *nam etsi*, welche Conſtantinäus a. a. O. (Note 50), vertheidigt, die übrigens auch ſchon bei der Accurſ. Gloſſe als Variante ſich findet.

56) Hal. lieſ't *omnes*, die Flor. *omnis*, und eben ſo leſen die Leipz. Codd. Einer eigentlichen Texteänderung bedarf es hier übrigens nicht, da omnis ſehr wohl der alterthümliche Accuſativus Pluralis ſeyn kann, wie er z. B. noch bei Salluſt ſo gewöhnlich iſt. S. auch Gellii noct. att. Lib. IX.

res futurus erit [57]) et cetera, etiamsi perente vivo [58]) nascantur."

Daß die Relation nicht ganz vollſtändig iſt, ergiebt ſich ſchon aus dem eingeſchalteten *et cetera*. Die ausgelaſſenen Worte beziehen ſich außer Zweifel auf die Beſtimmung des Geſetzes, wodurch die Erlaubniß ausgedrückt wurde, ſolche Poſtumen einzuſetzen; denn (wie es in dem §. 15 heißt) „superiore capite, ut liceat institui nondum natos, qui cum nascentur sui erunt, permittit." Jene Worte hier anzuführen, fand Scävola unnöthig, da Jeder ſie, als ſich von ſelbſt verſtehend, leicht ergänzen konnte. Wie ſie urſprünglich lauteten, wird ſich ſchwerlich mit voller Sicherheit ermitteln laſſen; der Sinn aber iſt gewiß richtig von Langebeck [59]), dem Winckler folgt, ſo ausgedrückt: *instiduendi po-*

c. 3. — Nur noch bei Finestres l. l. cap. V. §. 2. praelect. Cervar. p. 208.) finde ich dies bemerkt: „Sed quid vetat *omnis* pro omnes positum dicere antiquo more"?

57) Futurus sit lieſ't ed, *Lugd.* Sylb. 1500. — Hal. hat: qui ei sui heredes futuri erunt, und ihm folgt Beck. Die ſonſt von mir verglichenen Handſchriften und Ausgaben leſen, wie die Flor., *qui ei suus her. futurus erit.*

58) Die Flor. lieſ't: *vivente parente vivo*, was Taurellus in Schutz nimmt (l. l. p. 1620. a. E.). Die Leipz. Codd. haben das *vivente* nicht; auch die oben (Not. 14.) citirten ältern Ausgaben und Pacius verwerfen es. S. auch die Note bei Geb. Spangenb. — Vivianus, der Verfaſſer der casus ſchließt den ganzen Satz mit den Worten *et caetera*, und läßt die Erläuterung des zweiten Capitels mit: „Etiamsi (vivente) parente vivo nascantur, sequenti parte" u. ſ. w. anfangen.

59) Langebeck annot. c. XLI. (Otto thes. T. I. pag. 581.)

testatem habeto. Zu einer weiteren Ergänzung iſt aber kein Grund vorhanden. Denn daß Scävola in dem §. 15. den Inhalt des Geſetzes dahin angiebt: daſſelbe habe erlaubt „nondum natos“ einzuſetzen, berechtigt uns noch nicht, dieſe Worte mit Winckler als verba legitima anzuſehen und ſie an einer Stelle einzuſchalten, wo eine Lücke überall nicht angedeutet iſt. Es iſt aber auch wirklich gar keine Lücke, außer der obigen, vorhanden; ja die Hinzufügung der Worte: „nondum natos“ würde nicht nur eine wahre Tautologie begründen, ſondern auch zu dem Ausdruck des nämlichen Gedankens am Schluſſe der Stelle durchaus nicht paſſen. Denn weshalb die Schlußworte nicht für verba legitima gehalten werden ſollen, iſt nicht abzuſehen, zumal da hiedurch allein Sinn und Zuſammenhang in die Stelle kommt.

Ob ſich in der Lex Velleja überhaupt eine Beſtimmung über Enterbung fand? — iſt wohl nicht ſo entſchieden zu bejahen, wie man gewöhnlich annimmt. Auch die Aquilianiſchen Poſtumen konnten enterbt werden, und dennoch enthält die Formel des Aquilius, welche uns doch vollſtändig referirt wird, hierüber nichts. Hier griff die Doctrin ergänzend ein (not. 43.), warum ſollte dies alſo auch nicht in Beziehung auf das Vellejiſche Geſetz der Fall geweſen ſeyn? Daß alſo bei Erwähnung der ſ. g. Vellejaniſchen Poſtumen bisweilen auch von deren Enterbung die Rede iſt, beweiſ't nichts für das Gegentheil. Und ſelbſt wenn Ulpian ſagt: „Sed et hi, qui post testamentum factum in vita nascuntur, ita demum per Legem Vellejam rumpere testamentum prohibentur, si nominatim sint exheredati“ [60], —

60) L. 3. §. 1. D. *de inj. rupto, irr. facto test.*

ſo folgt daraus noch keineswegs mit Nothwendigkeit, daß die Exheredation in der Lex vorgeſchrieben ſey. Ulpian ſpricht von der Nothwendigkeit, die Poſtumen namentlich zu enterben, und fügt hinzu: dies gelte auch von den Vellejaniſchen Poſtumen, oder: die Vorſchrift dieſer Lex, daß die beim Leben des Erblaſſers erſcheinenden Poſtumen ein Teſtament nicht rumpiren ſollen, findet keine Anwendung, wenn der Poſtumus nicht namentlich enterbt iſt. Dagegen ſchreibt allerdings Juſtinian der Lex Velleja eine Beſtimmung über Enterbung der Poſtumen zu. Nämlich da, wo er von denen ſpricht, welche postumorum loco ſind, (qui in sui heredis locum succedendo, quasi agnascendo, fiunt parentibus sui heredes) und von der Nothwendigkeit ſie einzuſetzen, oder zu enterben, damit nicht durch Einrücken derſelben an die Stelle eines Näheren das Teſtament rumpirt werde, fährt er alſo fort:

> „idque lege Junia Velleja provisum est, *in qua simul exheredationis modus ad similitudinem postumorum demonstratur*“ [61]).

Und noch beſtimmter drückt ſich hierüber Theophilus aus, indem er ſagt: es ſey in der Lex angeordnet, daß man die Quaſi-Poſtumen auf die nämliche Art enterben müſſe, wie die Poſtumen, nämlich den Enkel namentlich, Enkelinen aber inter ceteros, mit Hinterlaſſung eines Legats [62]). Ein großes Gewicht darf man nur auf die Aeußerung des Theophilus ſchwerlich legen; ſein Streben, Alles recht klar und anſchaulich zu machen, verleitet ihn ja auch ſonſt wohl, etwas zu ſagen, was die hiſtoriſche

61) §. 2. I. *de exhered. liberor.*

62) Theophili paraphras. Inst. ad h. l.

Kritik nicht aushält [63]), und daß er hier mehr ſagte, als er verantworten konnte, iſt in jedem Falle erweislich (S. Note 67). Aber auch Juſtinians Zeugniß iſt nicht unverdächtig. Seine Quelle waren die Inſtitutionen des Gajus; in der Veroneſiſchen Handſchrift iſt hier eine Lücke, welche (was unſere Stelle betrifft) der Herausgeber aus einem Pandekten-Fragment [64]), alſo immer doch nur aus einer Ueberlieferung durch die zweite Hand ergänzt hat [65]). Die Pandektenſtelle nun ſchließt mit den Worten: „idque lege Junia Velleja provisum est,“ was freilich ſo viel als *cautum est* bedeuten, aber auch den Sinn haben kann: das Geſetz hat es möglich gemacht, der Ruption eines Teſtaments durch Einſetzung oder Enterbung der Quaſi-Poſtumen vorzubeugen. Was weiter in den Inſtitutionen folgt, kann Gajus ſo nicht geſagt haben [66]); es kann aber auch in dem Geſetz eine ſolche Belehrung über die Art und Weiſe, Poſtumen zu enterben, wie Juſtinian angiebt, nicht enthalten geweſen ſeyn; denn das Geſetz ſpricht ja nur von männlichen Poſtumen. Wahrſcheinlich alſo haben hier die Verfaſſer der Inſtitutionen eine Aeußerung des Gajus über das zu ſeiner Zeit geltende Enterbungsrecht mit einer Vor-

63) M. ſ. z. B. was er über die Geſetzeskraft der Plebiſcite und Senatusconſulte zu §. 5. *Inst. de jure nat. gent. et civili* erzählt, ferner den Begriff, welchen er von der literarum obligatio giebt (Tit. *de lit. obl.*) u. m. dgl.

64) L. 13. D. *de inj. rupto irr. facto test.* (*Gajus* lib. II. Inst.)

65) Lib. II. §. 133. 134.

66) S. Göſchens Bemerkg hiezu (Note 48. der 2ten Ausg.).

ſchrift der Lex verwechſelt [67]. Auffallend bleibt es endlich auch, daß Scävola, welcher es ſichtlich auf eine vollſtändige Erläuterung der Lex Velleja angelegt hat, die dahin gehörigen Worte nicht mitgetheilt haben ſollte, falls das Geſetz eine ausdrückliche Beſtimmung über Enterbung der Poſtumen enthielten. — Doch mag dies, jener Zeugniſſe wegen, daß die Lex irgend eine Beſtimmung über Enterbung enthalten habe, immerhin zugegeben werden: in dem erſten Kapitel der Lex Velleja kann eine ſolche Beſtimmung nicht geſtanden haben; denn deſſen Vorſchrift gieng darauf: *ut liceat institui nondum natos, qui cum nascentur sui erunt* [68]. Es wird dies mit ſolcher Beſtimmtheit als eine charakteriſtiſche Eigenthümlichkeit dieſes Kapitels hervorgehoben, und in einem ſo entſchiedenen Gegenſatze zu dem Inhalte des zweiten Kapitels geſtellt, es wird ferner da, wo Scävola die Worte des erſten Theils der Lex erläutert (§. 12), ſo recht gefliſſentlich nur von einer Erbeseinſetzung geſprochen [69]: daß eine bloße Berufung auf Ulpians oben (Note 60) angeführte Stelle es gewiß nicht rechtfertigen kann, wenn man dem erſten Kapitel eine

67) Was ſich in der Veroneſiſchen Handſchrift erhalten hat, iſt Folgendes: — — „virilis sexus nominatim, feminini vel nominatim, vel inter ceteros exheredentur, dum tamen iis, qui inter ceteros exheredantur“ (scil. aliquid legetur). Unmöglich aber referirte Gajus hier das Recht der Lex Velleja, da die Lex nur der postumi virilis sexus erwähnte: mithin dürfen wir das, was auf die Worte: „idque — — provisum“ folgte, für eine bloße Doctrinalbemerkung halten.

68) L. 29. §. 15. D. *h. t.*

69) z. B. ut non solum illud *primo capite notaverit*, si nepos eo tempore *instituatur* u. ſ. w.

Beſtimmung über Enterbung zuſchreibt [70]. — Eher könnte eine ſolche Vorſchrift in dem zweiten Kapitel geſtanden haben, von welchem es heißt vetat, vel prohibet rumpi testamentum [71]; vielleicht war ſie auch als allgemeine Beſtimmung dem zweiten Kapitel nur angehängt. Doch muß dies bei dem Mangel aller genaueren Nachrichten auf ſich beruhen bleiben.

Ich glaube alſo, daß man ſich bei der Reſtitution des erſten Kapitels auf die in dem §. 12 referirten Geſetzesworte und auf die weggelaſſene Geſtaltungsformel beſchränken müſſe, und mag hiernach dieſer Theil des Geſetzes etwa ſo gelautet haben:

„*Qui testamentum faciet is omnis virilis sexus qui ei suus heres futurus erit instituendi potestatem habeto et si parente vivo nascantur.*“

Vellejus beabſichtigte eine Erweiterung des früheren Rechts, wonach nur die nach dem Tode des Erblaſſers gebornen Poſtumen eingeſetzt werden durften. In dem erſten Theile ſeines Geſetzes nun beſchränkt er ſich nicht darauf, den von ihm erſt einzuführenden neuen Rechtsſatz aufzuſtellen, ſondern das Geſetz umfaßt Alle und Jede, welche durch Geburt Suitätsrechte erhalten:

„Wer künftig ein Teſtament errichtet, ſoll alle Perſonen männlichen Geſchlechts, wer von dieſen ihm suus heres ſeyn wird, einſetzen dürfen, auch die bei des Erblaſſers Leben gebornen.“

70) Einen andern Grund aber hat Winckler für die Aufnahme der Worte: vel nominatim exheredati nicht. Man ſehe deſſen angeführte Schrift §. XI. pag. 277.

71) L. 29. §. 15. D. *h. t.*

Alle Perſonen männlichen Geſchlechts. Nur dieſe hatten nämlich nach der damals noch geltenden Lex Voconia ein vollſtändiges teſtamentariſches Erbrecht [72]. Dieſe Stelle beſtätigt alſo die Anſicht, daß die Lex Voconia nicht einmal die Erbeinſetzung der eignen Töchter geſtattet habe [73]. Daß *omnis* hier der alte Accuſativ iſt, wurde oben (Note 56) ſchon bemerkt. Statt: *qui ei suus heres futurus erit* lieſt Haloander: *qui ei sui heredes futuri erunt;* offenbar nur, um die Härte zu vermeiden, welche durch das Einſchieben

72) Franke Notherbenrecht S. 34. Not. 38. a. E. — Die ältern Interpreten halten meiſtens das omnis für den Genitiv, und ergänzen dabei: *descendentis* (alſo qui per virilem sexum descendunt), da Vellejus nur die Einſetzung von sui heredes geſtattete, Frauen aber ſolche Erben nicht haben können. So die Gloſſe ad h. l. Bartolus, Alciati (l. l. p. 665 sqq.), Duarenus (l. l. p. 360. B.), Goveanus (l. l. §. 33.), A. Faber (conj. Lib. IX. c. 17. p. 287. in f.), Merenda (c. IV. §. 7.) — Auch Hotman (l. l. p. 165.) hat die nämliche Idee, glaubt aber, daß der Text ſo corrigirt werden müſſe: *qui virilis sexus testamentum faciet, is omnem*, qui ei suus heres u. ſ. w. — Cujacius dagegen bezieht die Vorſchrift darauf, daß nur männliche Deſcendenten namentlich enterbt werden durften, glaubt alſo, daß hierauf zunächſt die Beſtimmung der Lex Velleja gegangen ſey (ad h. l, ed. Par. P. 1. p. 1101.). Ihm folgen Suerin (bei *Otto* P. IV. p. 77.) und van de Poll de exher. et praet. c. XI. §. 5. — Winckler (a. a. O. §. 14.) zieht gar die bekannte Rechtsregel hieher, daß, wenn das Geſetz auch nur das männl. Geſchlecht nenne, die Beſtimmung deſſelben in der Regel auch auf das weibliche mitzubeziehen ſey (L. 1. L. 195. pr. D. *de verb. sign.* L. 62. in f. D. de legat III.)

73) S. oben Note 65. in f. S. 166.

des im Singular geſtellten Satzes entſteht [74]). Indeſſen ſind Härten dieſer Art in den älteren Geſetzen und andern juriſtiſchen Urkunden nichts ungewöhnliches, und auch aus grammatiſchen Gründen iſt eine Aenderung nicht nöthig.

Die Schlußworte — et si parente vivo nascantur — enthalten den eigentlichen Kern der geſetzlichen Diſpoſition. Parens iſt hier nicht blos der Vater des Poſtumus, ſondern überhaupt der Teſtirer [75]), der ja allemal ein Aſcendent des Poſtumus ſeyn muß. Alſo: auch wer beim Leben des Erblaſſers als suus geboren wird, ſoll eingeſetzt werden können. Freilich iſt dies Reſultat immer nicht mit hinreichender Klarheit und Beſtimmtheit in dem Geſetze ausgedrückt; denn ſo wie die Worte lauten, könnte die Diſpoſition auch allenfalls auf den Fall bezogen werden, welchen Scävola in dem §. 15. als einen ſolchen bezeichnet, der ſich weder aus dem erſten, noch aus dem zweiten Kapitel der Lex Velleja entſcheiden laſſe: wenn nämlich ein Enkel beim Leben ſeines Vaters und ſeines Großvaters (des Erblaſſers) geboren wird, der erſtere aber vor dem letztern mit Tode ab-

74) Aus ähnlichen Gründen mag auch die oben (Note 57) anmerkte Variante: *sit* ſtatt *erit* entſtanden ſeyn. Allein die Unbeſtimmtheit, welche hier die Conſtruction weniger hart erſcheinen läßt, ſchadet auf der andern Seite der Beſtimmtheit des auszudrückenden Gedankens ſelbſt.

75) Cujacius ad h. l. (P. 1. p. 1101. in f.) Pothier Pand. Justin. P. II. p. 188. Nr. XLIII. not. m. Franke a. a. O. S. 34. — Die oben (Note 58.) erwählte beſondere Abtheilung der §§. bei Vivianus iſt ohne Zweifel dadurch veranlaßt, daß man den Ausdruck *parente* auf den Vater eines eingeſetzten Enkels bezog.

geht, und nun der Enkel an deſſen Stelle tritt. Auf ihn paſſen die in dem Geſetze angeführten Merkmale ganz: er iſt beim Leben des Teſtirers geboren und hat Suitätsrechte erlangt. Da indeſſen wohl nicht bezweifelt werden konnte, daß Vellejus bei dieſem Theile ſeiner Diſpoſition an die Fälle überall nicht dachte, wenn ein Näherer wegfällt und ein Anderer durch das Einrücken an deſſen Stelle Suitätsrechte erhält, ſo interpretirte man die Worte einſchränkend, oder man verſtand dieſen Theil des Geſetzes nur von ſolchen Poſtumen, welche unmittelbar durch ihre Geburt sui heredes werden. So erklärt es ſich denn, daß Scävola gerade über dieſen erheblichen Punkt ſich nur problematiſch äuſſert; (et *videtur* primum caput eos spectare, qui, cum *nascerentur*, sui heredes futuri essent").

Das zweite Kapitel der Lex Velleja reſtituirt Winckler [76]) auf folgende Art:

Si quis ex suis heredibus suus heres esse desierit, liberi ejus, nepotes, et deinceps sequentes in locum suorum sui heredes succedunto, neve ob eam rem, quod succedunt, testamentum minus ratum esto. Ni autem instituti fuerint, vel exheredati, ruptum esto.

Betrachten wir auch hier vor allen Dingen den Inhalt der Stellen, worauf ſich dieſe Reſtitution gründet.

§. 13. „Sequente parte *succedentes in locum liberorum non vult lex rumpere testamentum;* et ita interpretandum est, ut si et filium et nepotem [77]), et pronepotem habeas, mor-

76) Winckler l. l. §. XV.

77) Cod. Lips. A: *ut etiamsi filium aut nepotem*; B: *ut*

tuis utrisque [78]), pronepos institutus, succedens in sui heredis locum, non rumpat. Et bene verba se habent: *si quis ex suis heredibus suus heres esse desierit*, ad omnes casus pertinentia, quos supplendos in Galli Aquilii sententia diximus; nec solum, si nepos vivo patre decedat, nec succedens pronepos avo mortuo rumpat, sed etsi supervixerit [79]) patri, ac decedat, dummodo heres institutus sit, aut exheredatus."

Hiernach enthielt die Lex ganz allgemein die Vorſchrift: dadurch, daß ein suus heres wegfällt und ein Anderer an ſeine Stelle tritt, wird das Teſtament nicht rumpirt; (nämlich der Teſtirer kann die Ruption verhüten, wenn er die ſuccedirenden Poſtumen im Teſtamente einſetzt, oder enterbt). Ob auch die entfernteren Deſcendenten im Geſetz näher bezeichnet wurden, mag hier dahin geſtellt bleiben. Jedenfalls umfaßte der allgemeine Ausdruck der Diſpoſition von ſelbſt alle Grade und alle Fälle ſolcher Deſcendenten, welche der Geſetzgeber hier überhaupt vor Augen hatte, ſo daß in dieſer Hinſicht der Interpret ſich auf eine Entwickelung und Anwendung des Wortverſtandes beſchränken durfte, nicht aber nöthig hatte, erſt durch künſtliche Schlußfolgerungen das Feh-

si et filium et aut nep.; C: *ut etiamsi et fil. et aut nepot.* In ähnlicher Art variiren die Ausgaben.

78) So die drei Leipz. Codd., Hal. und die ſämmtlichen oben (Note 14.) angef. ältern Ausg. Die Flor. lieſ't *utique*, und ihr folgen, wie gewöhnlich, Contius, Russardus, Pacius.

79) Cod. Lips. B. C. Hal. und die vorhin erwähnten ältern Ausgaben. Die Flor. hat supervixit.

lende zu ergänzen, wie dies bei der Auslegung der, nur von Enkeln redenden Aquiliſchen Formel der Fall war. Scävola hält es daher auch für ganz unbedenklich, den am Schluſſe erwähnten Fall — (wenn nämlich zur Zeit des errichteten Teſtaments ein Sohn, und von dieſem ein Enkel und ein Urenkel des Erblaſſers vorhanden ſind, und nun entweder der Enkel vor ſeinem Vater, oder dieſer vor Jenem verſtirbt), — nach dem Geſetze zu entſcheiden. Dabei ſind indeſſen die Worte: „nec succedens pronepos avo mortuo rumpat“ den Auslegern von jeher anſtößig geweſen. Hotman bezeichnet den ganzen Satz, als „contortam et ineptam Cervidianam locutionem, homini graece quam latine doctiori consentaneam“ [80]); hat ſich übrigens den Fall ganz unrichtig gedacht, wie ſchon daraus hervorgeht, daß nach ſeiner Meinung Scävola ſtatt *nec* succedens, beſſer geſagt hätte: *ut non* succedens; „hoc modo, ut succedens postea gradatim pronepos in avi sui mortui locum non rumpat.“ Ant. Goveanus [81]) und Cujacius [82]) ſchlagen vor, zu leſen; *ne* succedens *nepos* avo mortuo rumpat,“ woraus ſich denn folgender Zuſammenhang ergeben ſoll: „die Einſetzung des Urenkels beſteht nicht blos alsdann, wenn der Enkel vor ſeinem Vater ſtirbt, und alſo, auch wenn er präterirt wäre, das Teſtament ſeines Großvaters nicht rumpiren würde, ſondern auch, wenn er ſeinen Vater überlebt;

80) Hotmani Scholae ad h. l. p. 167 sq..

81) Ad leg. *Gallus* §. 34. (opp. p. 81.)

82) Ad h. l. opp. ed. Par. P. I. p. 1102. Ihm folgt, wie immer, *R. Jos.* Pothier Pand. Justin. ad *h. t.* Nr. XLIV. (P. II. p. 189.) not. K.

nur muß er in dieſem Falle gehörig eingeſetzt oder enterbt ſeyn.“ Indeſſen gegen dieſe ſ. g. Emendation ſtreiten alle mögliche Gründe: ſie wird durch kein äuſſeres Zeugniß unterſtützt [83]), — ſie hebt alle wortgemäße Interpretation auf, indem man ſich genöthigt ſieht, der Partikel *ne* die Bedeutung beizulegen, als ob der ganze Satz ſo lautete: „adeoque successione nepos non rumpat,“ — ſie läßt ſich endlich mit anderen in der Stelle vorkommenden Aeuſſerungen, namentlich mit „*avo mortuo*“ ſchlechterdings nicht vereinigen. Cujacius glaubt, daß hierunter der Teſtirer verſtanden werden müſſe, und daß, wenn auf die Wirkung geſehen werde, man wohl ſagen könne: ein Teſtament werde erſt nach dem Tode des Teſtirers rumpirt. Allein dies iſt in der Sache ſelbſt unrichtig, und mit dem entſchiedenſten Sprachgebrauche der Alten im Widerſpruche ſtehend [84]). — Francke iſt zwar für Beibehaltung des pronepos, will aber ſtatt *nec* leſen *ne*, weil das erſtere Wort ſich gar nicht conſtruiren laſſe [85]). Allein dadurch wird die Schwierigkeit nur vermehrt, indem ja ſo wenig geſagt werden kann, der Urenkel rumpire das Teſtament ſtets, wenn ſein Vater vor demſelben ſtirbt, noch er rumpire es nie, wenn ſein Vater vor demſelben ſtirbt. Es kommt hier vielmehr Alles darauf an, daß der Vorhergehende eingeſetzt (oder enterbt) ſey, und darauf kann allerdings der Umſtand von Einfluß ſeyn, ob der Vater des Urenkels vor oder nach ſeinem Vater mit Tode abgeht.

83) Doch gilt das nur von dem Worte *nepos*; über das *ne* ſ. m. Franke Notherbenrecht S. 36. Not. 41. a. E.

84) *Gaji* inst. II. §. 138. 141. 143. *Ulp.* XXIII. §. 2. Hotomanus l. l. p. 167 in F.

85) a. a. O. S. 36. not. 41.

An und für ſich brauchten nämlich nur Söhne eingeſetzt oder enterbt zu werden, die Enkel konnte derſelbe präteriren, in welchem Falle das jus accrescendi für dieſelben eintrat. Als Poſtumen waren aber auch Enkel einzuſetzen (ſ. die vor. Note); war dies alſo nicht geſchehen, ſo half die Einſetzung und Enterbung der Urenkel ſelbſt in dem Falle nichts, wenn der präterirte Enkel vor demſelben (ſeinem Sohne) geſtorben und dieſem das Erbrecht an der urgroßväterlichen Verlaſſenſchaft eröffnet war, indem dem vorgehenden Grade ſein Recht wiederfahren ſeyn mußte, damit der nachfolgende für giltig eingeſetzt oder ausgeſchloſſen gehalten werden konnte [86]. Denken wir uns nun bei dem von Scävola vorgetragenen Falle (— Sohn, Enkel, Urenkel ſind zur Zeit der Teſtaments-Errichtung am Leben) — das Nähere ſo: der teſtirende Urgroßvater übergeht den Enkel (deſſen naher Tod vielleicht vorauszuſehen war), ſetzt aber den Urenkel ein. Stirbt der Sohn des Teſtirers zuerſt, ſo iſt nun das Teſtament rumpirt, da der präterirte Enkel als postumus an die Stelle ſeines Vaters tritt; ſtirbt aber der Enkel beim Leben ſeines Vaters, ſo iſt er nie postumus geworden, ſeine Präterition kommt alſo auch für den inſtituirten Urenkel in keinen Betracht, da dieſer, wenn er als postumus einrückt, nicht dem Vater, ſondern dem Großvater ſuccedirt. Nur muß auch dieſer — der Sohn des Teſtirers — giltig eingeſetzt ſeyn, denn ſonſt iſt es ja der Urenkel ebenfalls nicht, rum-

86) L. 7. L. 9. §. 2. (*verb.* Diversumque est *etc.* D. *h. t.* — L. 6. §. 3. D. *et inj. rupto*) *irr. facto test.* „Succedendo sui non rumpunt, si vel fuerint instituti, vel exheredati ab eo gradu, ad quem hereditas defertur, scil. *si gradus ille valeat.*“

pirt mithin allemal das Teſtament, wenn er beim Tode des Urgroßvaters der nächſte Erbe iſt, d. h. er ſuccedirt nicht aus dem Teſtament, welches vielmehr ganz über den Haufen fällt, ſondern als Inteſtaterbe.

Hiedurch nun iſt Alles erklärt, und zugleich die Richtigkeit der gewöhnlichen Lesart erwieſen. Scävola ſagt: die Einſetzung des Urenkels iſt nach dem Vellejiſchen Geſetze giltig, nicht blos wenn der Enkel vor ſeinem Vater ſtirbt, ſondern auch wenn er denſelben überlebt. Bei beiden Sätzen fügt er die Bedindung hinzu, unter welcher die Einſetzung des Urenkels nur beſtehen kann, daß nämlich der demſelben vorgehende Grad im Teſtamente gehörig berückſichtigt ſeyn müſſe. Dieſe Bedingung drückt er für den zweiten Fall direct aus (— vorausgeſetzt, daß alsdann auch der Vater des Urenkels eingeſetzt oder enterbt iſt,) — für den erſten aber in der Art, daß er ſagt: nur darf er nicht ſelber, wenn er in die Stelle ſeines Großvaters einrückt, das Teſtament rumpiren, d. h. mit anderen Worten: nur muß auch der Großvater eingeſetzt oder enterbt ſeyn [87].

87) Mit dieſer Erklärung ſtimmen auch im Weſentlichen überein: *H.* Donellus (opusc. post. p. 160.), *Gabr.* Vallius bei Otto (T. I. p. 415 sq.), *A.* Faber (conj. X. c. 2.), *Barth.* Chesius (interpretat. Lib. 1. cap. 49. ad h. l. nr. 13. in Ipdtia Rom. — Att. T. II. p. 266.); wie es ſcheint auch Merenda l. l. c. V. §. 31. 32. — Suerin (bei Otto T. IV. p. 79.) vertheidigt zwar ebenfalls die gewöhnliche Lesart, nimmt aber an, daß hier die gewöhnliche Ruption des Teſtaments durch den Urenkel gemeint ſeyn könne, wenn derſelbe nicht eingeſetzt oder enterbt ſey.

Und hieran knüpft Scävola einen anderen Fall, der ihm zweifelhafter erſcheint, bei welcher Gelegenheit er aber die geſetzlichen Worte noch vollſtändiger referirt, als bei der vorhergehenden Erörterung. Zur Zeit der Teſtaments-Errichtung befand ſich der Sohn des Teſtirers in feindlicher Gefangenſchaft, und ein zurückgebliebener Enkel von demſelben wurde in dem großväterlichen Teſtamente eingeſetzt. Kehrt der Sohn aus der Gefangenſchaft zurück, gleichviel ob vor oder nach dem Tode des Teſtirers, ſo iſt nun in jedem Falle das Teſtament jure postliminii für rumpirt zu halten [88]). Wie nun aber, wenn er in der Gefangenſchaft ſtirbt? Und kommt es hier etwa darauf an: ob er vor oder nach ſeinem Vater geſtorben iſt? Denn Vellejus geſtattet nur im Allgemeinen die Einſetzung der nachrückenden Poſtumen, beſtimmt aber nichts über den Zeitpunkt, wann der vorgehende aufgehört habe, suus heres zu ſeyn. Man konnte alſo vielleicht ſagen: ſo lange es noch ungewiß iſt, ob der Sohn zurückkehren werde, kann auch noch von keiner Succeſſion des Enkels in ſeines Vaters Stelle die Rede ſeyn, mithin muß, ſoll anders das großväterliche Teſtament zu Recht beſtehen, der Sohn vor dem Teſtirer mit Tode abgehen. Scävola ſcheint dieſen Zweifelsgrund nicht für unerheblich zu halten, obgleich er entgegengeſetzt, alſo für die Giltigkeit des Teſtaments, entſcheidet.

§. 14. „Videndum, num hac posteriore parte: *si quis ex suis heredibus suus heres esse de-*

Allein dies konnte keinen Zweifel veranlaſſen, da es ja ausdrücklich heißt: der Urenkel ſey eingeſetzt, und nur von dem Rechtsbeſtande dieſer Einſetzung die Rede iſt.

88) §. 4. I. *de hered. quae* ab int. — L. 29. §. 10. D. *h. t.* L. 6. §. 1. 2. D. *de inj. rupto irr. facto test.*

sierit, liberi ejus, et caetera[89]), *in locum suorum sui heredes succedunto*[90]), possit interpretatione[91]) induci, ut, si filium[92]) apud hostes habens nepotem ex eo heredem instituas, non tantum, si vivo te filius decedat, sed etiam post mortem, antequam ab hostibus reversus fuerit, succedendo non rumpat[93])? Nihil enim addidit, quo significaret tempus, nisi quod audentur (*al.* audacter), possis dicere, vivo patre hunc suum heredem esse desiisse, licet post mortem decedat, quia nec redit, nec potest redire."

So gar kühn ſcheint nun die Annahme eben nicht, daß der Sohn mit dem Augenblick der Kriegsgefangenſchaft aufgehört habe, suus heres zu ſeyn. Denn Kriegsgefangenſchaft bewirkte capitis deminutionem maximam,

89) So leſen mit der Flor. die Leipz. Codd., auch Contius, Russardus, Pacius; *et ceteri* haben: *Venet.* Rubeor. 1477. Tort. 1502. *Lugd.* 1500. *Hal. Lugd.* Porta 1541. Sennet. 1550. *Venet.* Junt. 1592 u. A.

90) Die Leipz. Codd. leſen *in loc. suorum heredum succedant.* (ohne das sui). In locum suorum heredum sui succedunt haben *Venet.* Rubeor. Tortis 1502. *Lugd.* Sylb. 1500. *Lugd.* Porta 1. 1541. *Lugd.* Senneton. 1550. Die Flor. Hal. *Lugd.* Porta 1552 u. 1557. *Venet.* Junt. 1592 u. A. leſen *succedunto.*

91) Die in der vorigen Note angef. Handſchriften und Ausgaben leſen *per interpretationem.*

92) Cod. Lips. A. et C: ut *et* si silium.

93) So Cod. Lips. A. B. Hal. und die Note 90. angef. drei letzten Ausgaben. — Flor. *rumpet*, die in der gedachten Note zuerſt angeführten drei Ausg.: *rumpit*

alſo auch ein Aufhören der bisherigen Familienrechte; nur war dies durch das postliminium gemildert, wodurch der Kriegsgefangene nach ſeiner Zurückkunft die verlornen Rechte ſo wieder erhielt, als habe er ſie nie verloren, weshalb denn, ſo lange die Rückkehr noch möglich war, inzwiſchen Alles in suspenso blieb [94]. Nun ſollte man denken, es habe Niemand darüber zweifelhaft ſeyn können, daß, wenn der Gefangene im Feindes Lande ſtarb, der Verluſt ſeiner Rechte ſofort mit ſeiner Gefangennehmung eingetreten ſey, da dies ja ohnehin die Regel, das Poſtliminium bloße Ausnahme war, mithin der Natur der Sache nach überall nicht wirkſam ſeyn konnte, wenn die Bedingung, woran dieſe Ausnahme geknüpft war, überall nicht eintrat. Und daß dieß auch die praktiſch herrſchende Anſicht geweſen ſey, iſt außer Zweifel [95]. Wenn nun demungeachtet dar-

94) *Gaji* inst. I. §. 129. *Ulp.* Fragm. X. §. 4. §. 5. I. *quib. mod. jus pat. pot. solv.* L. 9. §. 2. D. *h. t.* L. 15. D. *de suis et legit.* (XXXVIII. 16.). L. 12. §. 1. 3. D. *de capt.* (XLIX. 15.). — *Luc. van de* Poll de exher. et praet. cap. XIV. §. 9.

95) S. die in der vor. Note angeführten Stellen, und außerdem: L. 22. §. 2. D. *de captivis* (*Julianus* Lib. LXII. Dig. „reverso patre, existimatus nunquam suae potestatis fuisse [filius] mortuo *tunc paterfamilias fuisse, cum pater ejus* in hostium potestatem perveniret. — L. 29. §. 10. D. *h. t.* („In omnibus his speciebus illud servandum est, ut filius — — — sit heres institutus — —; *quod non est necesse* [ſo leſen die Leipz. Codd. die Note 91. angeführten Ausgaben und Hal.; über die Flor. Lesart ſ. Merenda controv. Lib. XV. c. III. §. 22. und die Note bei Geb. Sp.] *in eo filio, qui apud hostes est, si ibi decedat.*“ L. 31. D. *h. t.* (*Paul.*

über geſtritten wurde, ob auch alsdann, wenn der Gefangene beim Feinde ſtarb, das Aufhören ſeiner Rechte erſt vom Eintritt ſeines Todes, oder ſchon vom Zeitpunkt ſeiner Gefangenſchaft zu datiren ſey [96])? ſo erklärt ſich dies wohl daraus, daß das Poſtliminium uralt [97]), und nicht einmal der Urſprung des Namens mehr

Lib. II. ad *Sabin.* „Dum apud hostes est filius, *pater jure fecit testamentum*, *et recte eum praeteriit.*" L. 6. §. 1. D. *de inj. rupto, irr. facto test.* (Ulp. Lib. X. ad *Sabin.* — — „si pater ejus, qui mortis avi tempore in utero fuit, apud hostes erat, nepos — — — — testamentum rumpet, quia suprascripta persona ei non obstat: *nec enim creditur in rebus humanis fuisse, cum in ea causa decedat.*") L. 18. D. de *capt.* (*Ulp.* Lib. XXXV. ad *Sabin.*" In omnibus partibus juris is, qui reversus non est ab hostibus *quasi tunc decessisse videtur*, *cum captus est.*")

96) *Gaji* inst. I. §. 129. „Sed utrum ex hoc tempore, quo mortuus est apud hostes —, an ex illo, quo ab hostibus captus est, dubitari potest." L. 29. §. 6. u. §. 14. D. *h. t.*

97) Gleichgiltig iſt dabei, ob das Poſtliminium ein Inſtitut des jus gentinm iſt (was in Beziehung auf die allgemeine Grundlage und Bedeutung dieſes Rechts nicht bezweifelt werden darf. — Paulus in L. 9. pr. D. de *capt.* Festus da V. S- v. *postliminium* in D. Gothofredi auctt. Lat. ling. p. 372.), oder ob es dem röm. Civilrecht angehört. (Vgl. *H.* Grotius de jure belli et pacis Lib. III. cap. IX. §. 2. et 10. *Jos. Ferd. de* Retes de postliminio juris Gentium et Quiritum cap. III.; bei Meerman. T. VI. p. 282 sq. *Greg.* Majansius Disput. jur. P. I. Disp. XIII. §. 28 sqq.— Mit dem ſeit Alters her anerkannten Begriff des Poſtliminium verträgt es ſich auch ſehr wohl, daß über einzelne Wirkungen lange geſtritten werden konnte (m. ſ. die Note 94—96 angeführten Stellen und den größten Theil des

mit Sicherheit nachzuweiſen war [98]), ſo daß man darin nicht ſowohl eine durch die Billgkeit hervorgerufene Ausnahme eines alten Rechtsſatzes, als vielmehr eine ſich von ſelbſt verſtehende Einſchränkung des Kriegsrechts erblickte. Für den hier zur Frage ſtehenden Fall kam aber noch hinzu, daß die Lex Velleja beſtimmt hatte: die entfernteren Deſcendenten ſollten nachrücken: „si quis ex suis heredibus suus heres *esse desierit*.“ Dies aber konnte man genau genommen nicht ſagen, ſo lange die Rückkehr des gefangenen Sohns noch möglich war, indem ja in Folge des jus postliminii deſſen Rechte nur ſuspendirt wurden [98a]). Indeſſen entſchied ſich Scävola, wie geſagt, dahin, daß auch hier Alles auf den Erfolg ankommen ſolle, mithin, wenn der Gefangene nicht zurückkehre, anzunehmen ſey, er habe bereits beim

Pandektentitels *de captivis et de postliminio*), und von dieſer Seite betrachtet hat es auch nichts widerſprechendes wenn die Entſcheidung der Frage: ob ein aus feindlicher Gewalt zurückkehrender Sohn, deſſen Vater inzwiſchen verſtorben war, Suitätsrechte habe? der Lex Cornelia zugeſchrieben wird; L. 9. Cod. *de postlim. revers.* (VIII. 51.) Schrader ad §. 5. Inst. *quib. mod. jus pot. solv.* p. 89. M. ſ. indeſſen unten die Note 23.

98) *Cic.* Top. cap. 8. Menagii amoenit. jur. civ. cap. XXXIX. h. v. Schrader ad Inst. l. l. p. 90.

98a) L. 9. §. 2. D. *h. t.* — — si in hostium potestate filius sit, et decesserit in eodem statu, rumpit — — nepos testamentum, quod moriente avo filii jus pependerit, non abscissum fuerit.“ (S. auch unten den Text zur Note 20.). Und deutlicher noch heißt es in L. 1. §. 4. D. *de suis et legit.* XXXVIII. 10. „quodsi filius apud hostes sit, *quamdiu vivit*, *nepotes non succedunt*.“

Leben ſeines Vaters die Suitätsrechte unwiederbringlich verloren gehabt [99]).

Dagegen der Fall läßt ſich geradezu weder unter das erſte, noch unter das zweite Kapitel bringen, wenn der Teſtirer einen noch nicht gebornen Enkel von einem lebenden Sohne einſetzt, und der Enkel bereits beim Leben ſeines Vaters geboren wird, beim Tode des Großvaters aber an die Stelle ſeines inzwiſchen verſtorbenen Vaters eingerückt iſt. Denn das erſte Kapitel ſpricht von den Poſtumen, welche unmittelbar durch ihre Geburt Suitätsrechte erhalten, das zweite von ſolchen, die zur Zeit der Teſtamentserrichtung bereits geboren ſind, ſpäter aber an die Stelle eines ihnen vorhergehenden Aſcendenten einrücken: Hierüber nun äußert ſich Scävola (§. 15) alſo:

„Ille casus in difficili est, si filium habens et nepotem nondum natum instituas, isque nascatur vivo patre suo ac mox pater decedat. Non enim suus heres est tempore, quo nascitur [100]), nec posteriori alius [1]) succedendo pro-

99) Im Weſentlichen hiermit übereinſtimmend ſind *A.* Faber conj. Lib. X. c. III. (auf deſſen Erörterung ich weiter unten im dritten Abſchnitte [C] wieder zurückkommen werde); *Ant.* Merenda controv. jur. Lib. XV. c. VI. §. 3—8, und *Greg.* Majansius ad trig. Ictor. fragm. P. II. p. 102. §. XLIV.

100) So die Leipz. Codd. u. Hal. Die ſchlechtere Flor. Lesart nascatur (jedoch iſt in der Handſchr. nascitur corrigirt) findet ſich in den oben Note 14. angeführten Editt., wie auch bei Contius, Ruſſardus und Pacius.

1) So leſen die Leipz. Codd., Hal. und die meiſten ältern Editt. Flor. hat alii und auf ähnliche Art lieſ't *aliis:*

hiberi videtur rumpere, quam qui jam natus erat [2]). Denique et superiore capite, ut liceat institui nondum natos, qui, cum nascentur sui erunt, permittit [3]); posteriore capite non permittit institui, sed vetat rumpi, neve ob eam rem minus ratum esset, quod succedit. Porro procedere debet, ut utiliter sit institutus, quod nullo jure potuit, qui nondum natus erat.“ —

Dieſe ganze Argumentation erſcheint auf den erſten Anblick höchſt unklar, und beſonders die Art, wie die einzelnen Gedanken verknüpft werden, ſchwerfällig. Doch darf man nicht vergeſſen, daß Scävola hier nicht ſeine Anſicht frei entwickelt, ſondern ein Geſetz interpretirt, und namentlich unterſucht, ob der aufgeſtellte Fall darunter zu ſubſumiren ſey, oder nicht. Dies machte ein Anſchließen an den Ideengang und an die Worte des Geſetzes ſelbſt nöthig, und daraus entwickelte ſich denn ganz natürlich der am Schluſſe angeführte Zweifelsgrund („Porro procedere debet“ u. ſ. w.). — Scävola nun ſagt: das erſte Kapitel paßt hier nicht: „non enim suus heres est tempore, quo nascitur;“ das zweite nicht, da ſeine Vorſchrift: durch das Nachrücken an die Stelle eines suus heres ſolle ein Teſtament nicht rumpirt werden, nur von den bei Errichtung des Teſtaments bereits gebornen Deſcendenten entfernterer Grade verſtanden

Venet. Junt. 1591. (Die Flor. Lesart vertheidigt auch Merenda l. l. c. VI. §. 10., da das *prohiberi videtur* ſehr gut auch mit dem Dativ conſtruirt werden könne.)

2) So die Leipz. Codd. Hal. und die meiſten ältern Ausgaben Flor. lieſ't *erit.*

3) Cod. Lips. B. und Hal. Flor.: *permitti.*

werden kann; („nec posteriori alius succedendo *prohiberi videtur* rumpere, quam qui jam natus erit“). Dies war alſo nicht mit klaren Worten in dem Geſetze ausgedrückt, ſondern ergab ſich nur folgeweiſe aus deſſen Faſſung. Daher fährt denn Scävola ſo fort: Denn nur in dem erſten Kapitel geſtattet das Geſetz die Einſetzung noch nicht Geborner [4]), in dem zweiten dagegen erlaubt es gar nichts, ſondern verbietet die Ruption, welche früher eintrat, wenn an die Stelle eines wegfallenden suus ein anderer einrückte [5]); dieß zweite Kapitel ſetzt alſo offenbar voraus, daß die nachrückenden Deſcendenten bei Errichtung des Teſtaments bereits geboren waren, es mithin zu ihrer Einſetzung keiner beſonderen Erlaubniß bedurfte. Nur die Ruption ſoll verhütet werden. Dies läßt ſich lediglich dadurch erreichen, daß der Nachrückende giltig eingeſetzt wird [6]); ein noch nicht Ge-

4) So glaube ich das „Denique — — — permittit“ ausdrücken zu können. Die Partikel *denique* dient hier, wie auch ſonſt häufig, zumal bei den römiſchen Juriſten, zur Einleitung eines Satzes, wodurch ein vorausgehender entweder begründet, oder näher beſtimmt und erläutert werden ſoll. Unſere gewöhnlichen Wörterbücher, ſelbſt die beſten (z. B. Forcellini) wiſſen davon freilich nichts. Bei Briſſonius dagegen iſt dies wenigſtens angedeutet.

5) „Neve ob eam rem — — — quod *succedit*.“ Für eigentliche Geſetzesworte ſind die letztern wohl nicht zu halten, ſonſt hätte es heißen müſſen: *quod succedunt*.

6) Das: *porro procedere debet* u. ſ. w. gehört noch mit zum Zweifelsgrunde. Es muß ja aber, will Scävola ſagen, eine giltige Inſtitution vorhanden ſeyn, damit nicht das Teſtament rumpirt werde. — Vgl. Merenda l. l. c. VI. §. 13. — Taurellus will entweder den Satz als Frage leſen (Porro, procedere debet, ut utiliter sit institutus,

borner durfte aber nicht eingeſetzt werden, (ohne daß ſich ein beſonderer Grund dafür nachweiſen ließ [7])).

Gab nun Vellejus den nachrückenden Deſcendenten überhaupt erſt Notherbenrechte? Dies hat man wohl angenommen, weil es (§. 14) heißt: „in locum suorum heredum sui heredes succedunto“ [8]). Allein wären ſie nicht ſchon damals als Notherben anerkannt worden, ſo würde der Geſetzgeber keine Veranlaſſung gehabt haben, die Ruption zu verbieten, und Scävola nicht von der Lex Velleja haben ſagen können: „multos rumpendi casus abstulit“ [9]). Auch darauf darf man das *succedunto* nicht beziehen, daß die Poſtumen gleich den Söhnen nicht präterirt werden durften, ſondern gehörig eingeſetzt oder enterbt werden mußten [10]). Denn geſetzt

qui nordum natus erat?“), oder den erſten Theil desſelben bis *utiliter sit institutus* auf den Fall des zweiten Capitels beziehen; (alſo: in dieſem Falle iſt die Einſetzung giltig; noch nicht Geborne können aber nach dem Recht des zweiten Capitels der Lex Velleja nicht eingeſetzt werden). Für erſteres erklärt ſich auch Majansius l. l. p. 103 sq. §. XLV. — *A.* Faber (conj. Lib. IX. c. 19. p. 282. B. ſchlägt vor, ſtatt *procedere* zu ſetzen: *praecedere*, was indeſſen nicht nöthig iſt, um den Satz verſtändlich zu finden. Ganz willkührlich aber iſt es, wenn Einige hier ſtatt *utiliter* leſen wollen: *inutiliter*; ſo z. B. Hotman l. l. p. 173.

7) Bis dahin alſo gehen die Zweifelsgründe; ſ. Merenda a. a. O. und Franke Notherbenrecht S. 39. Von der Entſcheidung ſelbſt wird erſt unten (unter C.) die Rede ſeyn.

8) M. ſ. darüber Hotman l. l. p. 170. Winckler l. l. p. 287. Franke a. a. O. S. 37.

9) L. 29. §. 6. D. *h. t.*

10) So namentlich die oben (Note 72) angeführten Cujacius, Suerin, und van de Poll.

auch, es hätte hierzu überall einer geſetzlichen Vorſchrift bedurft: wie ſollte man darauf gefallen ſeyn, dies auf eine Art auszudrücken, wobei Jeder zunächſt an etwas ganz anderes denken mußte, noch dazu an etwas, was ſich ohnehin von ſelbſt verſtand: daß nämlich auch entferntere Deſcendenten sui heredes waren, ſobald ihnen beim Tode des Teſtirers Niemand in derſelben Linie vorgieng! Darum darf man denn aber überhaupt wohl zweifeln, daß Vellejus dieſe Form zum Ausdrucke ſeiner Abſicht, die Ruption der Teſtamente zu verhüten, gewählt haben ſollte, zumal da zwiſchen dem Vorderſatz: entferntere Deſcendenten ſollen ſuccediren, und dem Hauptgedanken: ſie ſollen das Teſtament nicht rumpiren, durchaus kein logiſcher Zuſammenhang zu entdecken iſt.

Hiernächſt entſteht die Frage: ob hinter den Worten „in locum suorum" geleſen werden müſſe: liberi et *cetera*, oder et *ceteri*? Beides paßt zu dem Ganzen. Nur darf man im erſten Falle die dadurch angedeutete Lücke nicht auf den hauptſächlichen Inhalt des Geſetzes (— die Ruption ſoll verhütet werden —) beziehen, auch wenn man *succedunto* für richtig hält, indem alsdann die Beſtimmung über das Nachrücken ſelbſt unmöglich zuletzt ſtehen konnte. Eben ſo wenig kann darin ausgedrückt geweſen ſeyn, daß das Geſetz nur auf Kinder gehe, welche bei Errichtung des Teſtaments bereits exiſtirten; denn hierüber fand ſich ja nirgends eine beſtimmte Erklärung im Geſetze, wie wir oben geſehen haben. Hat Scävola *et cetera* geſchrieben, ſo muß man allerdings mit Winckler annehmen, daß der Geſetzgeber auf irgend eine Weiſe auch noch der entfernteren Deſcendenten Erwähnung gethan habe. Damit ſteht auch nicht im Widerſpruche erſtlich, daß der Ausdruck *liberi*

alle und jede Deſcendenten umfaßt[11]), da dieſer Sprachgebrauch ja nicht ſtets allgemein anerkannt wurde, und überhaupt nicht auf alle Verhältniſſe angewandt werden konnte[12]), Vellejus aber die entfernteren ſehr beſtimmt berückſichtigte, in welcher Hinſicht denn Scävola von demſelben rühmt: „bene verba se habent[13]). Eben ſo wenig ſteht zweitens der Wincklerſchen Anſicht entgegen, daß Scävola dennoch von einer Interpretation ſpricht[14]), da ja immer der Interpretation noch einiger Spielraum blieb. Indeſſen beſſer erklärt ſich freilich die Bemerkung Scävola's in §. 13. (— „et ita interpretandum est" u. ſ. w.) durch die Annahme, daß er die ſuccedirenden Deſcendenten durch einen generellen Ausdruck bezeichnete. Will man daher auch nicht das *etc.* ganz verwerfen, oder etwa annehmen, daß es urſprünglich hinter den von Scävola referirten Geſetzesworten geſtanden habe, ſo verdient doch die Lesart et ceteri in jedem Falle den Vorzug. Ich kann daher auch dem gelehrten Ant. Auguſtinus nicht beipflichten, wenn er wirklich dieß Kapitel auf folgende Weiſe herzuſtellen geſucht haben ſollte:

> „Si quis ex suis heredibus suus heres esse desierit, liberi ejus et ceteri in locum suorum sui heredes succedunto; nec ob eam rem, si instituti aut nominatim exheredati ad similitu-

11) L. 220. D. *de verb. sign.*

12) M. vgl. namentlich L. 10. §. 7. D. *de gradib. et affinib.* (XXXVIII. 10.) L. 13. D. *de munerib.* (L. 4.) — L. 1. §. 2. D. *de legat. praest.* (XXXVII. 5.)

13) L. 29. §. 13. D. *h. t.*

14) L. 29. §. 14. D. *h. t.*

dinem postumorum sunt, minus ratum esto testamentum [15].“

Auch das „ad similitudinem postumorum“ erinnert zu ſtark an eine doctrinelle Sprachweiſe, als um ſie hier für ächt halten dürfen. Vielleicht kommt folgender Verſuch der Wahrheit einigermaſſen nahe; für die einzelnen Ausdrücke läßt ſich natürlich nicht einſtehen:

Si quis ex suis heredibus suus heres esse desierit liberi ejus et ceteri in locum suorum heredum sui heredes succedendo ne rumpunto neve ob eam rem minus ratum esto quod eo testamento scriptum est.

Die tautologiſche Wendung: liberi ejus et ceteri in locum suorum heredum sui heredes succedendo — wird man hier nicht eben anſtößig finden. Eher iſt ſie es, wenn man *succedunto* lieſ't, wenn alſo befehlsweiſe angeordnet wird, was ſich von ſelbſt verſteht, daß nämlich die Nachrückenden als *sui* an die Stelle der sui heredes treten ſollen. Daß aber die Geſetzesformel wirklich ſo lautete: „sui heredes *succedendo ne rumpant*, oder rumpunto, wird ſehr wahrſcheinlich dadurch, daß bei der Erwähnung oder Erläuterung des Velejiſchen Geſetzes jene Ausdrücke gewöhnlich ſo zuſammen geſtellt werden. Z. B. eben in unſerer L. 29: „succedentes in locum liberorum non vult lex rumpere testamen-

15) Dieſe Worte führt Pothier Pand. Just. ad h. t. Nr. XLVI. not. h. P. II. p. 189. als Reſtitution des Auguſtinus an. Wo ſich dieſelbe aber finde, iſt nicht angegeben; da wo man ſie am erſten zu ſuchen hat (in der Schrift de legib. et sctis v. Lex *Jun. Velleja* opp. T. I. p. 62 sqq.) findet man ſie nicht.

tum;" — „ut succedens in sui heredis locum non rumpat;" — „nec succedens pronepos avo mortuo rumpat" (§. 13); — „ut — *succedendo non rumpat*" (§. 14, alſo gerade da, wo Scävola die Geſetzesworte anführt); — „nec *posteriore* alius *succedendo prohiberi* videtur *rumpere*" (§. 15). Ferner in der L. 13 in f. D. *de injusto* etc. *facto test.* — „ne forte — — succedendo in locum ejus nepos — — rumpat testamentum;" in der L. 2. pr. D. *de vulg. et pup. subst.* (XXVIII, 6.). „Sed et si eos (nepotes) patres praecedant, ita demum substitui eis potest, si heredes instituti sint, vel exheredati; *ita enim post legem Vellejam succedendo non rumpunt testamentum;*" u. a. a. O. [16]).

Aber mußte denn nicht die Nothwendigkeit einer Einſetzung oder Enterbung des Poſtumus im Geſetze ausgedrückt werden, da dies doch die Bedingung war, ohne welche das Verbot der Ruption in keinem Falle wirkſam ſeyn konnte? Ich glaube, nein. — Um zu bewirken, daß nicht die nach dem Tode des Teſtirers erſcheinenden Poſtumen das Teſtament rumpirten, mußte man ſie erſt einſetzungsfähig machen, bei einem Geſetz über dieſen Gegenſtand alſo hierauf ſein nächſtes Argument richten. Anders verhielt es ſich mit den zur Zeit des Teſtaments ſchon gebornen Deſcendenten, welche damals nur noch nicht sui heredes waren, weil ihnen ein Näherer vorgieng. Zwar konnten dieſe nur als Extranei im Teſtament eingeſetzt werden, und daher konnte denn von ihrer Enterbung nicht die Rede ſeyn; allein eben

16) z. B. L. 6. §. 3. D. *de inj. rupto irr. facto test.* L. 2. C. *de liber. praeter.* (VI. 28.)

um deswillen rumpirten ſie auch das Teſtament, ſobald ſie Suitätsrechte erlangten. Sagte nun der Geſetzgeber: ſie ſollen fortan nicht mehr rumpiren, ſo folgte daraus an ſich nur, daß ſie bedingterweiſe als sui heredes in dem Teſtamente berückſichtiget werden könnten, aber freilich auch, daß ſie als ſolche berückſichtiget, d. h. auf den Fall ihrer Suität eingeſetzt oder enterbt werden müßten, um das Teſtament gegen Ruption zu ſichern. Und ein völlig überzeugender Beweis, daß das Geſetz in der That die Einſetzung oder Enterbung des Poſtumus vorgeſchrieben habe, läßt ſich aus den jetzt bekannten Nachrichten nicht herſtellen, wie oben (S. 207 fg.) dargethan wurde. So oft in den Quellen, gegen deren Glaubwürdigkeit nicht beſondere Gründe ſprechen, von der Nothwendigkeit einer Einſetzung oder Enterbung der Poſtumen nach dem Vellejiſchen Geſetze die Rede iſt, läßt ſich dies dahin verſtehen, daß jenes Recht durch das Geſetz aufgekommen oder veranlaßt ſey, ja Ulpian deutet dies auf eine Art an, die faſt jeden Zweifel ausſchließt, wenn er in der L. 2. pr. D. *de vulg. et pup. subst.* ſagt: „*Post* legem Vellejam succedendo non rumpunt." Welchen Zwang muß man hier den Worten anthun, wenn man dies ſo verſtehen will, als habe ſich hierüber eine Vorſchrift in der Lex ſelbſt gefunden! Und wäre dies geweſen, warum ſollte Scävola Geſetzesworte nicht referirt haben, die mit dem Inhalte und dem Zwecke des Geſetzes in ſo genauer Verbindung ſtanden! Er hat uns ja ſogar eine Formel aufbehalten, die allenfalls hätte wegbleiben können, ohne daß darum die Abſicht des Geſetzgebers weniger erreicht worden wäre. Das Geſetz hätte nämlich mit den Worten: ne rumpunto ſchließen können, da hiedurch die Tendenz

deſſelben hinreichend ausgeſprochen war. Es fügte aber noch hinzu: neve ob eam rem minus ratum esto oder sit u. ſ. w. Denn daß dies Geſetzesworte ſind, verräth theils die Faſſung des Satzes und namentlich die in ältern Geſetzen ſo häufig ſich findende Verbindungs-Partikel *neve;* theils der Umſtand, daß Scävola ihrer zu Erläuterung ſeiner Meinung überall nicht bedurfte, mithin wohl nur dadurch, daß ſie im Geſetze ſtanden, zu ihrer Anführung bewogen werden konnte. Uebrigens ſpricht er im relativen Styl („neve ob eam rem minus ratum *esset*"), deshalb darf man denn auch die Worte „quod succedit" nicht für verba legitima halten (ſ. oben Note 6.). Er fügt ſie nämlich nur der genauern Beſtimmung wegen hinzu, ſo wie der Geſetzgeber es wohl der Vorſicht gemäß erachtete, ausdrücklich zu beſtimmen: es ſolle blos darum, weil neue sui heredes einrückten (ob eam rem), das Teſtament noch nicht für ungiltig gehalten werden dürfen; nämlich um dadurch anzudeuten: ſonſt dürfe dem Teſtamente freilich nichts fehlen, alſo immer werde dabei doch vorausgeſetzt, daß die Notherben gehörig eingeſetzt oder ausgeſchloſſen ſeyen. — Mag indeſſen auch immerhin das Geſetz eine ſolche Vorſchrift enthalten haben, ſo kann doch in keinem Falle das, was wir darüber wiſſen, eine ſichere Grundlage für die Wiederherſtellung der geſetzlichen Worte abgeben.

C) Es ſind jetzt noch die Fälle zu erwähnen, welche genau genommen ſo wenig unter die Aquiliſche Formel, als unter das Vellejiſche Geſetz ſubſumirt werden konnten, wofür indeſſen die Praxis auch ſchon in der Zeit einen Ausweg zu finden wußte, als man noch auf ſtrenge Auslegung gegebener Rechtsbeſtimmungen, und auf buchſtäbliche Anwendung vorgeſchriebener oder hergebrachter

Formeln hielt. Für mehrere dieſer Fälle berief man ſich auf die Autorität des Juriſten Salvius Julianus, weshalb die Neueren ſolche Poſtumen, deren Einſetzung auf dieſe Weiſe möglich wurde, postumi Salviani, oder Juliani, auch wohl Julianei zu nennen pflegen. Doch gebrauchen Manche dieſe Benennung auch von ſolchen Fällen, wobei Julianus in unſern Quellen überall nicht erwähnt wird; bei Vielen aber findet ſich dafür gar keine beſondere Benennung. Und eben ſo iſt auch der Name Corneliani postumi weder allgemein üblich, noch der Begriff derſelben hinreichend beſtimmt. Im Allgemeinen verſteht man darunter die Poſtumen, welche durch Anwendung der fictio legis Corneliae Suitätsrechte erhalten.

Durch eine lex Cornelia wurde nämlich das Teſtament eines in feindlicher Gefangenſchaft verſtorbenen römiſchen Bürgers beſtätigt, ſo wie deſſen geſetzliche Beerbung möglich, und zwar vermittelſt der Annahme, daß er in dem Augenblick ſeiner Gefangennahme, folglich als römiſcher Bürger, geſtorben ſey [17]. — Manche Juriſten verwerfen nun den Begriff eines Cornelianiſchen Poſtumus, weil die lex Cornelia ja nur von dem Rechts-

17) *Pauli* sent. rec. Lib. III. Tit. IV. (A.) §. 8. L. 15. D. *de inj. rupto irr. facto test.* L. 1. pr. D. *de suis et legit. hered.* (XXXVIII. 16.) L. 10. §. 1. L. 11. §. 1. L. 12. §. 1. L. 22. pr. u. §. 1. D. *de captiv.* (XLIX. 15.) L. 1. C. *de postlim. revers.* (VIII. 51.) — Bei ſo vielen übereinſtimmenden Quellenzeugniſſen darf es denn wohl nicht bezweifelt werden, daß dies Recht durch eine eigne Lex beſtimmt wurde. (S. Schillings Bemerkungen über röm. Rechtsgeſchichte S. 285 fg. Vgl. die Berichtigungen zu Bd. XXXIV. Abth. I. des Commentars S. 240.) Doch iſt allerdings auch ſonſt noch manches in Anſehung dieſes Geſetzes zweifelhaft. S. die folg. Bemerkungen im Text.

verhaltniſſe eines Erblaſſers, nicht von dem eines suus heres ſpreche [18]. Ja es ſey ganz unmöglich, bei Fällen, wie der in dem §. 14. der L. *Gallus* vorgetragene, an eine Anwendung jener Fiction zu denken; denn hiernach müſſe ja der Sohn, welcher zur Zeit der Teſtamentserrichtung in feindlicher Gefangenſchaft war, als bereits verſtorben gedacht werden, folglich rücke der Enkel von ihm nicht erſt nach dem Teſtament an die Stelle ſeines Vaters, ſondern er ſey damals ſchon suus heres ſeines Großvaters geweſen, und würde als *nepos non postumus* eigentlich gar nicht einmal ein Recht auf Einſetzung oder Enterbung gehabt haben [19]. — Die Wahrheit dieſer Bemerkungen iſt unverkennbar. Denn wie konnte ſonſt von der Ruption des Teſtaments durch Deſcendenten eines kriegsgefangenen Sohnes die Rede ſeyn, — wie wäre man zu der Frage gekommen: ob ſich dieſe Ruption dadurch vermeiden laſſe, daß man den Enkel einſetze? wenn man ſich denſelben nicht als postumus, mithin als einen ſolchen gedacht hätte, der erſt nach dem Teſtament in die Stelle ſeines Vaters einrücke [20])! Aber aller Einfluß der Lex Cornelia auf den Begriff eines Poſtumus läßt ſich darum doch nicht abläug-

18) Man ſ. hier hauptſächlich *Ant.* Faber conj. jur. civil. Lib. X. cap. III. und *Luc. van de* Poll de exhered. et praeter. cap. XIV. XV. — Vgl. auch *Barth.* Chesius interpret. Lib. I. c. 49 ad L. 29. §. 14. h. t. nr. 4. (in der Jurisprd. Rom. et Att. T. II. p. 266. in f.)

19) *A.* Faber l. l. p. 290 u. 292.

20) Man vgl. hier folgende Stellen: L. 9. §. 2. D. (S. oben die Note 98 a.) L. 29. §. 6. u. §. 14. eod. L. 6. §. 1. D. *de inj. rupto irr. facto test.* L. 1. §. 4. D. *de suis et legit.* (S. die angef. Note 98 a).

nen. So in dem Falle, von welchem L. 15. D. *de inj.*, *rupto*, *irrito facto test.* ſpricht: „*Javolenus* Lib. IV. *epistolar.* Qui uxorem praegnantem habebat, in hostium potestatem pervenit. Quaero: filio nato, quo tempore testamentum in civitate factum rumpatur? *et si filius ante moriatur, quam pater*, an scripti heredes hereditatem habituri sint? Respondi: *non puto dubium esse*, quin *per legem Corneliam*, quae de confirmandis eorum testamentis, qui in hostium potestate decessissent, lata est, *nato filio, continuo ejus testamentum, qui in hostium potestate sit, rumpatur. Sequitur ergo, ut ex testamento hereditas ad neminem perveniat.*“ Ohne eine Anwendung der fictio legis Corneliae würde man in dieſem Falle nicht haben ſagen können: der Sohn iſt nach dem Tode des Vaters geboren, und darum wird ſein Teſtament unbedingt rumpirt, ſo daß die eingeſetzten Erben auch nicht einmal eine secundum tabulas b. p. erhalten können [21]. Auch wird dieſer Einfluß des Corneliſchen Geſetzes in der That von Keinem beſtritten, ſondern nur behauptet, daß er nicht direct einer Beſtimmung der Lex zugeſchrieben werden könne, der Ausdruck *per legem Corneliam* in der eben angeführten Stelle des Javolenus mithin nur ſoviel heiße, als: post legem Corneliam [22]. Und dieß iſt auch gewiß richtig. Hätte die lex Cornelia eine Vor-

21) *A.* Faber conj. Lib. X c. XI. *van de* Poll de exher. et praet. cap. XV. §. 14. 15.

22) *A.* Faber conj. Lib. X. c. IX. (Faber will ſtatt *per* L. C. leſen: *post* L. C., was aber nicht nöthig iſt, da die gewöhnliche Leſart denſelben Sinn giebt); *van de* Poll l. l. cap. XV. §. 12. 12.

ſchrift über das Recht der Poſtumen enthalten (alſo angeordnet, daß das Recht eines Poſtumus nach der Regel zu beſtimmen ſey: der Eintritt in feindliche Gefangenſchaft iſt dem Tode gleich zu achten, wenn der Kriegsgefangene nicht wieder zurückkehrt), — ſo würde man ſich ohne Zweifel auch bei den Erörterungen über das Recht der Enkel von kriegsgefangenen Söhnen darauf bezogen haben, — es wären ſolche Fragen und Entſcheidungen hierüber, wie ſie in unſeren Rechtsquellen vorkommen (ſ. Note 20) überall nicht möglich geweſen [23]. Wie dem aber auch ſey, ſoviel iſt gewiß, daß die lex Cornelia in keinem Falle auf die Einſetzungsfähigkeit eines

23) Die L. 9. C. *de postlim. revers.* (VIII. 51.) ſcheint der Lex Cornelia auch die Beſtimmung zuzuſchreiben, daß die aus der Kriegsgefangenſchaft zurückkehrenden Kinder ihre Suitätsrechte wieder erhalten. Indeſſen ergiebt der Zuſammenhang, daß das Reſcript einen Fall betrifft, wo Vater und Sohn Kriegsgefangne waren, der erſtere in der Gefangenſchaft ſtarb, der letztere aber zurückkehrte; hier griff allerdings die Lex Cornelia ein. S. *v. de* Poll l. l. §. 15. Pothier Pand. Justin. T. III. Tit. *de captiv. et postlim. revers.* p. 576. Nr. XXXVI. — Dagegen beruft ſich *v. de* Poll (l. l. cap. XIV. §. 12.) zur Begründung der Anſicht, daß die Lex Cornelia keine Vorſchriften über das Recht der Poſtumen enthalten habe, mit Unrecht auf die L. 28. D. *de vulg. et pup. subst.* (XXVIII. 6.) Denn, wenn Julianus hier ſagt: „Si vivo patre filius in hostium potestatem pervenerit, non existimo legi Corneliae locum esse, quia non efficitur per eam, ut is, qui nulla bona in civitate reliquit, heredes habeat —“, ſo heißt dies ja keineswegs: die L. Cornelia ſpricht nur von dem Rechte eines Erblaſſers, nicht von dem eines suus heres, ſondern: ein Hausſohn kann nicht beerbt werden, weil er kein eignes Vermögen hat.

Poſtumus irgend einen Einfluß gehabt haben könne. Wenn man daher einen Aquilianiſchen Poſtumus den nennt, deſſen Einſetzung durch die vom Aquilius erfundene Formel möglich geworden iſt, einen Vellejaniſchen den, welcher nach den Beſtimmungen der lex Velleja eingeſetzt werden kann, einen Julianiſchen den, wofür jene Möglichkeit durch Julians Interpretation vermittelt iſt: ſo kann von Cornelianiſchen Poſtumen überall nicht die Rede ſeyn. Ueberhaupt aber iſt zu rathen, techniſche Benennungen ganz aufzugeben, welche bei dem Mangel aller Beſtimmtheit nicht einmal dazu dienen können, die Begriffe leichter zu überſehen und zu behalten [24]. Am einfachſten und zugleich richtigſten ſtellt man die Sache dar, wenn man ſagt: Das Einſetzungs- und Enterbungsrecht der postumi sui beruht auf der Aquiliſchen Formel und dem Vellejiſchen Geſetze als Hauptquellen, und auf deren allmähliger Erweiterung durch Auslegung und Combination.

Die einzelnen Ausdehnungen ſollen jetzt in der Ordnung folgen, worin ſie bei Scävola in der L. *Gallus* vorkommen:

1) Wenn die Einſetzung nach der Aquilianiſchen Formel geſchehen war, der Sohn aber nicht durch den Tod, ſondern durch eine capitis deminutio aufhörte, suus heres zu ſeyn, und nun der Enkel nach dem Tode des Großvaters als suus heres deſſelben geboren wurde [25].

24) Dies gilt denn auch von dem Vorſchlage van de Poll's (l. l. cap. XV., §. 7.), ſtatt der Cornelianiſchen Poſtumen zwei Arten der primi Vellejani zu unterſcheiden.

25) L. 29. §. 5. D. *h. t. Et quid si tantum in mortis filii casum conciperet.* — So wie oben angegeben iſt (alſo von der in dem Teſtamente gebrauchten Einſetzungs-

Die Aquilianiſche Formel paßte hier nicht, weil ſie nur von dem Ausſcheiden des Sohnes durch Tod ſprach, das Vellejianiſche Geſetz ebenfalls nicht, da es von Poſtumen handelte, welche beim Leben des Teſtirers geboren werden, oder wohl gar ſchon zur Zeit der Teſtamentserrichtung exiſtirten. Da indeſſen die lex Velleja durch ihre allgemeine Beſtimmung: — — „si quis ex suis heredibus suus heres esse desierit“ u. ſ. w. alle und jede Fälle umfaßte, wodurch ein Nächſtberechtigter aufhörte,

formel und deren möglichen Ergänzung) wird die aufgeworfene Frage von den meiſten, beſonders den ältern Interpreten verſtanden. Z. B. von der Accurſiſchen Gloſſe, Bartolus, Baldus, Paul de Caſtrenſis ad *h. l.*, ferner Hotman (a. a. O. p. 152.), Cujacius (opp. prior. T. I. p. 1097. in f. sq.), Gabr. Vallius (bei Otto T. I. p. 401.), A. Faber (conj. Lib. IX. c. III.), Ramos del Manzana (ad *h. l.* cap. III. §. 2. bei Meerman T. VII. p. 244.), Sam. Stryk (ad h. l. opp. praest. P. III. p. 164. in f. sq.), Francke Notherbenrecht S. 26.). Andere dagegen erinnern, daß hier nur die Rede ſey von einer Ergänzung der Aquiliſchen Formel ſelbſt, durch die Möglichkeit, einen Poſtumus auf den Fall einzuſetzen, wenn der Nähere in Folge einer Capitis Deminutio aufhören würde, suus heres zu ſeyn. Dem Wortverſtande entſpricht dieſe letztere Meinung keineswegs, weshalb denn einige Vertheidiger derſelben eine Emendation für nothwendig halten, z. B. Duaren (ad h. l. opp. p. 355.). Von ſonſtigen Anhängern dieſer Erklärung mögen hier genannt ſeyn: Connanus (comment. j. civ. Lib. X. IV. nr. 5. p. 351.), H. Donellus (opusc. post. p. 142 sq.), Ant. Merenda (controv. jur. Lib. IV. c. III.), Barth. Chesi (interpr. Lib. I. c. XLIX. ad h. l. nr. 2. in Jpdtia. Rom. et Att. T. II. p. 252.), Majanſius (ad trig. ICt. P. II. p. 91 sq. §. 28.)

suus heres zu ſeyn, ſo nahm man nach der Analogie dieſes Geſetzes an, der Enkel ſey giltig eingeſetzt, und man konnte dies um ſo eher, als Vellejus ja in der That die Ergänzung der Aquiliſchen Formel beabſichtigt hatte [26]). Und auf gleiche Art ſollte es gehalten werden, wenn ein noch nicht geborner Urenkel auf den Todesfall des Enkels eingeſetzt wurde. Dies nun iſt im Weſentlichen der Sinn des §. 5:

> „Et quid si tantum in mortis filii casum conciperet? Quid enim, si aquae et ignis interdictionem pateretur [27])? Quid si nepos ex quo pronepos institueretur, ut ostendimus (d. h. mittelſt der Aquiliſchen Formel), emancipatus esset?

26) Dieſe Anſicht (womit auch übereinſtimmen H. Donellus p. 143., Cujacius p. 1098., Merenda controv. L. XV. c. III. §. 6., Cheſt l. l. p. 254., Majanſius a. a. O. u. A.) entſpricht nicht nur dem Wortverſtande, ſondern hat auch einen ſehr natürlichen und einfachen Zuſammenhang der Begriffe für ſich. Nichts deſtoweniger wird ſie von manchen Juriſten ſchlechthin verworfen, welche dann freilich wieder zu einer gewaltſamen Kritik ihre Zuflucht nehmen, indem ſie die Worte „ex sententia legis Vellejae“, zum Theil auf den Schlußſatz („ad similitudinem mortis“ u. ſ. w.) für ein ſpäter eingeſchobenes Gloſſem erklären. So *Ant.* Goveanus (rep. prael. ad h. l. opp. p. 329. nr. 2.), Hotmanus (l. l., welcher in Beziehung auf die letztern Worte ſich ſo äußert: „Totam hanc clausulam aut una litura deleri oportet, — — aut Cervidium ridicule βαττόλογον fuisse fatendum est“), *A.* Faber conj. Lib. IX. c. III. sub init. u. A.

27) So leſen die drei Leipziger Codd. Hal. *Venet.* Rubeor.— Tortis 1502. *Lugd.* 1500. Porta 1541. Sennet. 1550. u. a. Die Flor. hat: *interdictione peteretur.*

Hi enim casus et omnes, ex quibus suus heres post mortem scilicet avi nasceretur, non pertinent ad L. Vellejam, sed *ex sententia legis Vellejae* haec omnia admittenda sunt, *ut ad similitudinem mortis ceteri casus admittendi sint.*“

Weshalb aber wird hier nur von der Emancipation des Enkels, und nicht auch von der des Sohnes geſprochen? Die meiſten Interpreten ſind der Meinung (und gewiß mit Recht), daß dies abſichtlich geſchehen ſey. Nur wenige halten es für zufällig, und beziehen daher das, was von der Emancipation des Enkels geſagt iſt, auch auf den Sohn; m. a. W. ſie nehmen an, daß man die Aquiliſche Formel auch auf den Fall erſtreckt habe, wenn der eingeſetzte Enkel zwar nicht nach dem Tode, wohl aber nach der Emancipation ſeines Vaters (verſteht ſich übrigens nach ſeines Großvaters Tode) geboren ſey [28]. Doch auch von jenen machen ſich Manche die Sache ſehr leicht, z. B. M e r e n d a, welcher den Unterſchied dadurch erklärt, daß, wenn ein Vater ſeinen Sohn emancipire, ein Enkel von demſelben entweder ſchon concipirt ſey, oder nicht. Im letztern Falle werde er ſeines eignen Vaters Gewalt unterworfen, habe mithin gar keine Suitätsrechte gegen den Großvater; im erſteren dagegen ſey er von vorne herein als suus heres anzuſehen [29]. Man begreift aber nicht, was dies hier ſoll, da Scävola ja von dem Falle ſpricht, wenn nach

28) Dieſe höchſt oberflächliche Meinung nehmen ſogar auch an: *H.* Donellus (l. l. p. 142 sqq.) und *Greg.* Majansius (l. l. p. 93. §. XXIX.).

29) *Ant.* Merenda controv. jur. Lib. XV. cap. III. §. 7.

dem Teſtamente eine Emancipation des vorgehenden Erben erfolgt! Verſtändiger und gründlicher iſt ohne Zweifel folgende Erklärung: Den Sohn mußte der Vater einſetzen, weil ſonſt auch die Einſetzung des Poſtumus nicht zu Recht beſtehen konnte; die Einſetzung wirkte aber noch nach der Emancipation fort [30]), ungeachtet der Emancipirte aufhörte, suus heres zu ſeyn, dieſe Eigenſchaft vielmehr auf die in der Gewalt des emancipirenden Vaters zurückgebliebenen Enkel u. ſ. w. überging [31]). Den Enkel dagegen hatte er nicht nöthig zu berückſichtigen [32]). Geſetzt nun, der Teſtirer inſtituirte, mit Uebergehung des Enkels, einen noch nicht gebornen Urenkel, vermittelſt der Aquiliſchen Formel (oder auch ausdrücklich auf den Fall der Emancipation des Enkels), ſo war die Einſetzung giltig, wenn der Urenkel nach dem Tode des Teſtators als suus heres geboren wurde; er hatte nach dem Civilrecht vollſtändiges Erbrecht, ohne daß ihm ſein Vater im Wege ſtand, oder auch nur mit ihm concurrirte. Nach dem prätoriſchen Rechte mußte er zwar das Vermögen mit demſelben theilen [33]), allein davon konnte hier nicht die Rede ſeyn, da nur die Giltigkeit und Wirkſamkeit des Teſtaments nach Civilrecht zur Frage ſtand. — Dieſe Erklärung findet ſich bei den meiſten Juriſten, welche ſich überhaupt auf die Frage einlaſſen [34]), nur mehr oder weniger deutlich gedacht,

30) L. 29. §. fin. D. *h. t.*

31) L. 1. §. 4. D. *de suis et legit.* (XXXVIII. 16.).

32) L. 29. §. 10. D. *h. t.*

33) L. 1. §. 17. D. *de conj. cum emanc. liberis.* (XXXVII. 2.)— Foerster de bon. poss. contra tab. *ect.* P. II. §. LV LVI. p. 265 sqq.

34) So namentlich bei Connanus comment. juris civil. Lib. X.

allenfalls auch wohl mit einer Verſchiedenheit der Nebenumſtände [35]). Ihr ſteht auch keineswegs entgegen, daß die Einſetzung des Enkels ebenfalls nach deſſen Emancipation fortwirkte. Denn, wie geſagt, Scävola ſpricht hier nur von der Giltigkeit der Einſetzung eines nachgebornen suus mit der Aquiliſchen (oder einer, den Wirkungen nach, dieſer gleichſtehenden) Formel: hierbei aber war der Umſtand von weſentlichem Einfluß; daß Söhne eingeſetzt ſeyn mußten, Enkel aber übergangen werden durften. Bei jenen hatte eben darum die Formel allemal die Bedeutung: der Poſtumus ſoll eingeſetzt ſeyn, wenn er zu einer Zeit geboren wird, wo der Sohn nicht mehr zur Erbſchaft kommen kann [36]). War dagegen der nächſte Erbe ein Enkel, der eingeſetzte Poſtumus aber ein Urenkel, ſo hieng der Rechtsbeſtand dieſer Einſetzung

cap. IV. nr. 5. in f. Cujacius ad h. l. (l. l. p. 1098.), Vallius (bei Otto P. I. p. 406.), Chesius (l. l. p. 255. nr. 8.), *Ramos del* Manzano (l. l. p. 254. §. XXX.), Stryk (l. l. p. 165.), *Jo. Lud.* Conradi sententia Scaevolae super cautione Aquillii *etc.* p. 23.

35) So denkt z. B. Suerin (l. l. p. 69.) ſich den Fall ſo, daß zur Zeit der Teſtamentserrichtung auch der Sohn des Teſtirers noch lebte und der Gewalt des Teſtirers unterworfen war. Alsdann hätte aber freilich der Enkel, als nachrückender Poſtumus, ebenfalls eingeſetzt werden müſſen, und hierauf geht wohl der harte Tadel Conradi's (l. l. p. 18.): „talis est sententia Suerini, ut pigeat eam referre, et poeniteat eam refellere.“

36) L. 37. pr. D. *de heredib. instit.* (XXVIII. 5.). „Cum in testamento ita scribitur: si filius meus me vivo morietur, nepos ex eo post mortem meam natus heres esto, duo gradus heredum sunt; nullo enim casu uterque ad hereditatem admittitur.“

auch nur davon ab, daß der Poſtumus als suus heres geboren werde. Ob der ihm Vorgehende durch Emancipation, oder auf andere Art aufgehört hatte, es zu ſeyn, mußte hier vollkommen gleichgiltig ſeyn; denn da es überhaupt nicht nöthig war, ihn im Teſtamente zu berückſichtigen, ſo konnte der Einſetzung des Poſtumus auch ein Grund nicht im Wege ſtehen, welcher mit der Nothwendigkeit, den vorgehenden Erben zu berückſichtigen, aufs Genaueſte zuſammenhängt.

Iſt nun gleich hiedurch die Sache recht gut erklärt, ſo ſcheint mir doch auch die Idee A. Faber's durchaus unverwerflich zu ſeyn, daß der Unterſchied in der Verſchiedenheit des Einfluſſes zu ſuchen ſey, welchen die Emancipation der Söhne und die der Enkel auf ein Teſtament des Emancipirenden gehabt[37]), — ſo mannichfachen Tadel dieſe Meinung auch erfahren hat[38]) Indeſſen ſoll, was hierüber zu ſagen iſt, bis zur Erklärung der Schlußſtelle verſpart werden.

An dem Schlußſatz des vorigen §. („ad similitudinem mortis ceteri casus admittendi") knüpft Scävola den folgenden Fall: Jemand, deſſen Sohn in feindlicher Gefangenſchaft ſich befand, teſtirte nach der Aquiliſchen Formel. Der Sohn ſtirbt in der Gefangenſchaft, aber erſt nach dem Tode des Teſtirers, im übrigen tritt der Fall ein, worauf die Formel geſtellt war, d. h. es wird der Enkel nach dem Tode des Großvaters geboren. Wir haben oben geſehen, daß in einem ſolchen Falle nichts dar-

37) *A.* Faber conj. Lib. IX. c. III. in f. Lib. X. c. XIV. in f. et cap. XV.

38) Zu den Gegnern gehört hier insbeſondere *Jo. Lud.* Conradi diss. cit. p. 18 sqq.

auf ankam, ob der aus der Kriegsgefangenſchaft nicht wieder zurückkehrende Sohn vor oder nach ſeinem Vater geſtorben ſey, da im Rechtsſinne dieſer ihn immer überlebt hatte, wenn nur die Gefangenſchaft vor dem Tode deſſelben erfolgt war, daß man dennoch aber den Enkel nur als nachrückenden Poſtumus gedacht habe, weil ſein Vater ihm immer im Wege ſtand, ſo lange noch deſſen Rückkehr möglich blieb. — Die Aquiliſche Formel nun paßte buchſtäblich hier nicht, weil ſie vorausſetzte, daß der Vorgehende durch eigentlichen Tod aufgehört habe, suus heres zu ſeyn; eben ſo wenig paßte aber das Vellejiſche Geſetz: das erſte Kapitel nicht, weil ja der Enkel nicht als suus heres geboren wird [39]) als zweite nicht, weil bei der Einſetzung ſelbſt auf die durch daſſelbe beſtimmten Ruptionsfälle keine Rückſicht genommen iſt. Scävola erklärt indeſſen die Einſetzung für giltig, wenn nur der Sohn in feindlicher Gefangenſchaft ſtirbt, und zwar ebenfalls wieder nach dem Geiſte des Vellejiſchen Geſetzes, welches davon ausgeht, daß ein Teſtament darum nicht ungiltig werden ſoll, weil die successio in locum sui heredis auf andere Art erfolgt, als dies die Aquiliſche Formel beſtimmt:

§. 6. „Quid si, qui filium apud hostes habeat, testaretur? Quare non induxere [40]), ut, si antequam filius ab hostibus rediret, quamvis post mortem patris decederet, tunc deinde nepos, vel etiam adhuc illis vivis, post mor-

39) L. 1. §. 4. *de suis et legit.* — „Quodsi filius apud hostes sit, *quamdiu vixit*, *nepos non succedit.* — L. 9. §. 2. D. *h. t.*

40) So lieſ't die Flor. Hal. und die meiſten Editt., dagegen auch die drei Leipziger Codd. leſen: *induxit.*

tem scilicet avi [41]) nasceretur, non rumperet? Nam hic casus ad Legem Vellejam non pertinet. Melius igitur est, ut in ejus modi utilitatem praesertim post Legem Vellejam, quae et multos casus rumpendi abstulit, interpretatio admittatur, ut instituens nepotem, qui sibi post mortem suus nasceretur, recte instituisse videatur, quibuscunque casibus nepos post mortem natus suus esset rumperetque praeteritus, atque etiam si [42]) generaliter: quidquid sibi liberorum natum erit post mortem, aut: quicunque natus fuerit, sit institutus, si suus nasceretur."

Der Florentiniſchen Lesart: Quare non *induxere*, geben die Meiſten den Vorzug vor: induxit, weil hier von der Ausdehnung der Aquiliſchen Formel, nicht aber von deren Urheber die Rede ſey. Dies iſt wahr; allein von den Auslegern ſelbſt iſt ebenfalls nicht die Rede, mithin fehlt es für das induxere immer an einem Subject. Auch wäre doch die Frage Scävola's etwas ſeltſam: warum man dies Recht nicht eingeführt habe, da der Fall ſich nach der lex Velleja nicht entſcheiden laſſe! Ich möchte daher vorſchlagen, ſtatt *induxere* zu leſen: *inducere*, wodurch ein ſehr guter Zuſammenhang in den Satz kommt.

An den Worten *vivis illis* hat man von jeher Anſtoß genommen. Goveanus hält den ganzen Zwiſchen-

41) Hal. hat *qui ſt avi.*

42) Cod. Lips. A: *et si generaliter.* C: *atque si generaliter.* Ed. *Venet.* Rubeor. 1477. *atque etiam generaliter.*

ſatz: „vel etiam adhuc illis vivis“ für das Gloſſem eines nicht eben ſcharf ſehenden Auslegers [43]. In der Accurſiſchen Gloſſe findet ſich unter andern die Meinung: es möge hier wohl durch ein Verſehen der Plural ſtatt des Singulars geſetzt ſeyn [44]. Andere wollen *illo vivo* geleſen wiſſen [45]. Wenn man die gewöhnliche Lesart für richtig hält und die Worte in ihrem eigentlichen Sinne verſteht, ſo muß man annehmen, Scävola habe hierbei an einen Fall gedacht, wo der Teſtirer einen noch nicht gebornen Urenkel einſetzt, und dieſer nach des Teſtirers Tode, allein noch beim Leben ſeines Vaters und Großvaters, geboren wird [46]. Und dies dürfte ſich auch

43) *Ant.* Goveanus ad h. l. §. 29. (Vgl. Note 45.)

44) Dieſer Anſicht tritt nicht blos Bartolus bei, ſondern auch Alciati (ad *h. l.* p. 618. nr. 2.), und ſogar Cujacius (l. l. p. 1099.).

45) So Goveanus in der repet. prael. (opp. p. 329. nr. 1.) *Gabr.* Vallius ad h. l. (in Ottonis thes. P. I. p. 408.), und Franke Notherbenrecht S. 28.

46) Merenda (controv. Lib. XV. c. III. §. 8.) und Majanſius (ad Trig. ICt. P. II. p. 94 fg.) glauben übrigens, daß ſich die gewöhnliche Lesart auch ohne die im Text enthaltene Annahme vertheidigen laſſe. Scävola wolle nämlich ſagen: warum ſollte die Einſetzung nicht gelten, mag nun der Enkel beim Leben ſeines Vaters, oder nach dem Tode ſeines Großvaters geboren werden, oder nach Beider Tode, oder auch wenn Beide noch leben (verſteht ſich aber: der Sohn nicht wieder zurückkehrt und der Enkel den Großvater überlebt). Merenda ſchlägt daher vor, die Worte: vel etiam adhuc illis vivis in eine Parentheſe einzuſchließen. Um indeſſen dieſen Sinn zu finden, wird man noch viel mehr Abweichungen von dem, was ein deutlicher und beſtimmter Ausdruck erheiſcht, annehmen müſſen, als

wohl vertheidigen laſſen. Zwar glaubt Franke, dann müſſe man mit Haloander ſtatt *avi* leſen: qui [47]), und darunter den pronepos verſtehen; dies aber ſey unzuläſſig, weil Scävola ausdrücklich von dem Falle ſpreche, da der gefangene Sohn erſt nach dem Teſtirer und hinterher der Enkel ſterbe, in welchem Falle ja aber der Enkel und nicht der Urenkel suus heres des Teſtirers geweſen ſeyn würde. Auch ſey durchweg in der Stelle von einem Enkel, als inſtituirtem Notherben, die Rede [48]). Indeſſen läßt ſich dagegen wohl folgendes erinnern: In den vorausgehenden §. war von dem Wegfallen des nächſtberechtigten Deſcendenten durch capitis deminutio die Rede, ſowohl für den Fall, wenn ein Enkel, als wenn ein Urenkel eingeſetzt iſt. Beide Fälle ſind rechtlich einander gleich. Hierauf kommt Scävola auf einen verwandten Fall (Verluſt der Freiheit), wobei nur der Umſtand Schwierigkeit macht, daß der endliche Einfluß dieſer capitis deminutio auf das Rechtsverhältniß noch ſo lange in suspenso bleibt, als die Rückkehr des Kriegsgefangenen möglich iſt. Sonſt iſt auch hier Alles der vorausgehenden Erörterung gleich, d. h. es kommt darauf nichts an, ob der eingeſetzte Poſtumus ein Enkel oder ein Urenkel iſt, und — ſoferne man annimmt: der nächſtberechtigte Deſcendent ſey ſchon bei dem Eintritte der Gefangenſchaft als tod zu betrachten — ob

wenn man mit der im Text verſuchten Erklärung übereinſtimmt.

47) In der That wird dieſe Lesart auch von bedeutenden Interpreten vertheidigt, ſo von Alciati (a. a. O. p. 621. nr. 16.) von Donellus (a. a. O. p. 146.), von Charondas ad h. l. (in Otto's thes. T. I. p. 725.)

48) Franke a. a. O. S. 27 fg.

der postumus erſt nach dem wirklichen Tode deſſelben geboren iſt, oder nicht. Scävola nun, um nicht das Nämliche wiederholen zu müſſen, will darauf nur hindeuten, und bei dem unmittelbaren Zuſammenhange, worin beide Erörterungen ſtehen, konnte dies auch füglich geſchehen; im übrigen aber behält er bei der Entwickelung der Gründe und der Entſcheidung den Fall in ſeiner einfachſten Geſtalt vor Augen, ſo daß immer nur von dem Teſtirer, dem kriegsgefangenen Sohn deſſelben und dem als Poſtumus eingeſetzten Enkel die Rede iſt. Es iſt wohl nicht zu gewagt, wenn man annimmt, daß hinter: „vel etiam" das Wort: *pronepos* ausgefallen ſey. Stellen, die an ſich dunkel ſind, wird man am häufigſten corrumpirt finden, und eine Undeutlichkeit bleibt immer zurück, wenn man auch lieſ't: vel etiam pronepos adhuc illis vivis u. ſ. w., da unmittelbar vorher doch nur von einem nächſtfolgenden Deſcendenten die Rede iſt. Scävola fühlte dies auch wohl, und ſuchte dem möglichen Mißverſtändniſſe, daß das *vivis illis* auf den Erblaſſer ſelbſt mit bezogen werden könne, durch den Zuſatz: „post mortem sc. avi" vorzubeugen, wodurch freilich die Sache um nichts gebeſſert wurde, wenn er nicht auch noch hinzufügte: „vel proavi"[49]). Vielleicht ſchrieb der Juriſt ſo, und nur die Nachläſſigkeit der Compilatoren mag Schuld daran ſeyn, daß nur gerade die Aeuſſerungen fehlen, welche die Meinung Scävolas in das rechte Licht ſtellen. — Genug, es litt keinen

49) Daß Scävola den Proavus hier gemeint habe, der Ausdruck avus aber von ſelbſt ſchon auch auf den Urgroßvater gehe, nehmen an: Connanus (comment. jur. civil. Lib. X. c. IV. Nr. 6. p. 352.) und *Lael.* Taurellus ad h. l. (bei Otto T. IV. p. 1616.)

Zweifel, daß für den nachgebornen Urenkel das nämliche Recht galt, wenn er zu einer Zeit geboren wurde, wo ſein Vater und Großvater in feindlicher Gefangenſchaft lebten, wie für den nachgebornen Enkel, wenn ſein Vater Kriegsgefangener war.

Kehren wir nun noch einmal zu dem hauptſächlichen Inhalte der Stelle zurück, ſo argumentirt Scävola auf folgende Art: Wenn der Vater eines kriegsgefangenen Sohnes ſeinen noch nicht gebornen Enkel mittelſt der Aquilianiſchen Formel einſetzt, und der Sohn in der Gefangenſchaft ſtirbt: ſollte ſich alsdann nicht die Giltigkeit des Teſtaments vertheidigen laſſen, auch wenn der Sohn wirklich erſt nach dem Teſtirer ſtirbt und der Enkel ſchon bei Lebzeiten ſeines kriegsgefangenen Vaters geboren wird? Denn die lex Velleja leidet hierauf freilich keine Anwendung. Es eignet ſich daher dieſer Fall, dem Billigkeit und Rechtsanalogie [50]), insbeſondere auch der Zweck des Vellejiſchen Geſetzes zur Seite ſtehen, zu einer ergänzenden Interpretation, dergeſtalt daß, unter welchen Umſtänden auch der nach dem Tode des Teſtirers geborne Poſtumus die Rechte eines suus heres erlangt, ſeine Einſetzung giltig iſt, ſeine Präterition das Teſtament rumpirt; es ſoll die Einſetzung gelten, als wenn ſie durch eine ganz allgemeine Formel erfolgt wäre, z. B. „wer mir als Nachkomme nach meinem Tode geboren wird", oder noch allgemeiner: „wer mir nach meinem Tode als *suus heres* geboren werden wird, ſoll mein Erbe ſeyn [51]).

50) Ueber dieſe Bedeutung von utilitas ſ. Brissonius de V. S. h. v. §. 4. in f. u. §. 5. 6.

51) Durch die Lesart der Leipz. Cod. A. (et si) und C. (atque

3) In dem §. 7. trägt der Juriſt folgenden Fall vor: „Si ejus, qui filium habebat, et nepotem ex eo instituat, nurus praegnans ab hostibus capta sit ibique vivo[52]) pariat, mox ille[53]) post mortem patris atque avi redeat, utrum hic casus ad legem Vellejam respiciat, an ad jus antiquum aptandus sit, possitque vel ex jure antiquo, vel ex lege Velleja institutus, non rumpere? Quod quaerendum est[54]), si jam mortuo filio pronepotem[55]) instituat, redeatque mortuo eo[56]). Sed quum testamentum ab eo

si) gewinnt der Schlußſatz mehr Zuſammenhang, als wenn man mit *Atque etiam si* einen neuen Satz beginnt, wobei denn doch immer noch am Schluſſe etwas ſupplirt werden muß, z. B. valet institutio. Wahrſcheinlich will Scävola doch ſagen: die Einſetzung mit der Aquil. Formel ſey ſo giltig, als wenn der Teſtirer ſich ganz allgemeiner Einſetzungsformeln bedient habe, deren Gebrauch ſchon Pomponius in der L. 10. D. *h. t.* für zuläſſig erklärt. Uebrigens wird jener Sinn auch durch die gewöhnliche Lesart nicht ausgeſchloſſen.

52) Cod. Lips. A: *ibique eo vivo* B: *ibique vivo avo et ejus filio.* (Vgl. Franke S. 29. Note 18.) C: *ibique filioque vivo pariat* (doch iſt vor filioque mit anderer Hand über der Linie hinzugefügt: *avo*).

53) Cod. Lips. C: *mox ille nepos.* Dieſen Zuſatz haben auch viele Editt.

54) Cod. Lips. A: *Idem* quaerendum est. So auch Venet. *Rubeor.* 1477. Ferner die Ausgaben von Tortis; *Lugd.* Sylb. Porta und Sennetin. *Venet.* Junt.

55) Cod. Lips. A: *heredum pronepotem.*

56) In der Flor. fehlt das *eo.* Cod. Lips. A. und C: *redeatque mortuo eo pronepos ab hostibus. Lugd.* Porta, Sennet. und *Venet.* Junt.: *redeatque eo mortuo.*

non rumpatur, nihil refert, utrum ex jure antiquo, an ex lege Velleja excludatur.“

Strenge genommen konnte die Einſetzung eines in der Kriegsgefangenſchaft gebornen Enkels nur zu Recht beſtehen, wenn er nach dem Tode des Teſtirers und ſeines Vaters geboren war. Denn da das postliminium ihm genau denſelben Rechtszuſtand gewährte, wie wenn er im Vaterlande geboren wäre [57]), ſo mußte hier auf die Zeit ſeiner wirklichen Geburt geſehen werden, nicht aber auf die Zeit, wo er im Vaterlande auftrat. Frei-

57) §. 5. quib. mod. jus pot. solv. — Ganz verwerflich iſt die Anſicht von *Ant.* Goveanus (animadversion. Lib. I. ad h. l. opp. p. 330.), die Worte unſerer Stelle: „sed cum testamentum ab eo non rumpatur“ ſeyen ſo zu verſtehen, daß ja ein in der Kriegsgefangenſchaft geborner und erſt nach dem Tode ſeines Großvaters ins Vaterland zurückkehrender Enkel das großväterliche Teſtament nicht rumpiren könne, da er zur Zeit ſeiner Geburt Sclave, nach ſeiner Ankunft ins Vaterland aber der Teſtirer nicht mehr am Leben, er ſelbſt mithin deſſen Gewalt nie unterworfen geweſen ſey. Nur dann ließe ſich dies behaupten, wenn das Kind in Feindes Lande concipirt und auch ſein Vater dort verſtorben wäre. L. 25. D. *de captiv.* (XLIX. 15.) L. 1. C. *de postlim. revers.*; — denn iſt der Vater ebenfalls zurückgekehrt, ſo würde ſelbſt in dieſem Falle ihm das Postliminium zuſtehen; L. 6. §. 2. D. *de inj. rupto irr. facto test.* Hier iſt aber der Fall ausdrücklich unterſtellt, daß die Conception im Vaterlande geſchehen ſey, ſo daß das Postliminium für den in Feindes Lande gebornen Enkel, alſo auch die rückwirkende Kraft dieſes Rechts, nicht dem geringſten Zweifel unterliegen kann. L. 26. D. *de statu hominum* (I. 5.) L. 15. §. 1. D. *ex quib. caus. maj. in int. restit.* (IV. 6.) L. 9. *D. de captiv.* — S. *A.* Faber conj. Lib. IX. cap. XI. p. 245. Majansius l. l. p. 96. §. 34.

lich ſcheint dies beſtritten geweſen zu ſeyn; es gab alſo Juriſten, welche behaupteten, daß einem ſolchen Poſtumus die römiſchen Geburts- und Familienrechte erſt von dem Augenblicke an, wo er im Vaterlande auftrat, beigelegt werden könnten. Jedenfalls ließ ſich indeſſen nach dem Vellejiſchen Geſetze die Giltigkeit der Erbeinſetzung vertheidigen, mochte der Enkel nach dem Tode ſeines Vaters, oder noch bei deſſen Leben geboren ſeyn; denn in dem erſten Falle trat die Vorſchrift des erſten Kapitels der Lex ein, für den andern konnte man ſich wenigſtens ſchon auf die Auctorität Julians berufen, welcher die Beſtimmung des zweiten Kapitels über das Nachrücken bereits Lebender auch alsdann gelten ließ, wenn gleich der Entferntere erſt nach dem Teſtamente geboren wurde. Welcher von den oben erwähnten Meinungen man auch zugethan ſeyn mochte, in jedem Falle mußte die Einſetzung für giltig erklärt werden; weshalb denn Scävola es für unnöthig hält, die Frage näher zu erörtern: ob hier die Ruption des Teſtaments ſchon nach dem jus antiquum (der Aquilianiſchen Formel) oder nach der Lex Velleja wegfalle [58], da in beiden Fällen die Einſetzung giltig iſt [59]. Daß übrigens allemal vorausgeſetzt werden muß, der Teſtirer habe ſeinen Sohn über-

58) So erklärt ſchon die Gloſſe ganz richtig den Ausdruck: („utrum ex jure antiquo, an ex Lege Velleja) *excludatur*“ scil. *a rumpendo*; wobei Majansius (l. l. §. XXXIII. in f.) die Bemerkung macht: „nisi malis legere instituatur“; was indeſſen nicht nöthig iſt.

59) Uebereinſtimmend ſind: Connanus (l. l. Nr. 8.) Goveanus in dem erſten Commentar zu der L. *Gallus* §. 30.), Donellus (l. l. p. 147. 148.), Cujacius ad h. l. (l. l. p. 1099.) Merenda Lib. XV. (Cap. III. §. 14.)

lebt, verſteht ſich von ſelbſt. In dem Satze: „Quod quaerendum est, si jam mortuo filio pronepotem instituat“ wollen Manche *nepotem* ſtatt pronepotem leſen [60]. Allein wenn der Teſtirer nach dem Ableben ſeines Sohnes einen noch nicht gebornen Enkel einſetzte, ſo gehörte der Fall ja ohne alle Frage zum erſten Kapitel der lex Velleja. Cujacius, dem dies nicht entgieng, will daher ſtatt instituat leſen: *pariat* [61], ſo daß die Zweifelsfrage nur den Fall betreffe, wenn die Geburt des Kindes erſt nach dem Tode ſeines Vaters erfolge. Einer ſo gewaltſamen Texteſänderung wird man aber ſicher die Interpretation vorziehen dürfen, daß Scävola auch hier, wie in den unmittelbar vorausgehenden Stellen, auf den Fall ſeine Unterſuchungen ausdehnt, wenn der eingeſetzte Poſtumus ein Urenkel iſt. Mit dieſer Annahme ſteht denn die Frage: ob man hier *Quod quaerendum*, oder Idem quaerendum est, zu leſen habe, eigentlich in keiner Verbindung, indem ja doch auch nach der entgegenſtehenden Anſicht, der in dem Schlußſatz aufgeſtellte Fall ſich von dem zuerſt vorgetragenen in etwas unterſcheidet. Doch immer verdient die letztere Leſart aus grammatiſchen Gründen den Vor-

60) Schon unter den Gloſſatoren erklärten ſich dafür *Jo.* Bassianus und Pillius (Glossa Accurs. ad h. l. not. h.); ihnen folgten Cujacius (l. l. p. 1099.), Merenda (l. l. Cap. III. §. 13.), Franke Notherbenrecht S. 29.

61) Ihm folgt Pothier hier, wie ſtets, ohne Prüfung; er trägt ſogar kein Bedenken, das „nepotem pariat“ (ſt. pronepotem instituat) in den Text aufzunehmen: Pand. Justin. h. t. Nr. LII. (T. II. p. 190.) — S. dagegen beſonders *Gabr.* Vallius ad h. l. (bei Otto T. I. p. 401. nr. 1.)

zug [62]). Nach unſerer Meinung nun, ſagt Scävola: „Auf gleiche Art kann in dem Falle gefragt werden, wenn der Sohn des Teſtirers bereits verſtorben iſt, und der eingeſetzte Poſtumus ein in Feindes Lande geborner Urenkel iſt, welcher nun nach des Teſtirers Tode im Vaterlande erſcheint.“ — Daß der Vater des postumus (der Enkel des Teſtirers) zur Zeit der Teſtamentserrichtung noch am Leben war, muß, als ſich von ſelbſt verſtehend, vorausgeſetzt werden, weil ſonſt ja wieder jeder mögliche Zweifel darüber wegfiele, nach welchen Grundſätzen der Fall zu entſcheiden ſey, eben ſo verſteht ſich aber auch von ſelbſt, daß derſelbe vor dem Teſtirer geſtorben ſey, indem er ja ſonſt den Poſtumus allemal ausſchließen würde. Das *mortuo eo* kann, dem ganzen Zuſammenhange nach, nur auf den Teſtirer bezogen werden, womit auch die meiſten Ausleger übereinſtimmen [63]).

62) A. M. iſt Vallius a. a. O. (Note 61.); er hält das *quod quaerendum est* für eleganter.

63) Vallius l. l. (p. 409. nr. 1.) *A.* Faber (l. l. p. 247.) *Jac.* Constantinaeus (subtil. enodation. Lib. 1. c. XXX. in f., *in* Ottonis thes. T. I. p. 358 sq.), Majansius (l. l. p. 95 sqq. §. XXXIII. — Connanus (l. l. Nr. 7. p. 353., welcher übrigens ebenſo, wie die vorſtehenden Schriftſteller mit der hier gegebenen Interpretation übereinſtimmt, auch ſich mit Recht gegen die von Einigen vorgeſchlagene Emerdation *mortuis utrisque* erklärt, will die obigen Worte auf den Enkel beziehen, weil ſich der frühere Tod des Teſtirers von ſelbſt verſtehe, wenn die Frage nach der Giltigkeit einer Erbeinſetzuug aufgeworfen werde. Das iſt wohl wahr, allein da des Enkels gar keine ausdrückliche Erwähnung geſchieht, ſo iſt aus grammatiſchen Gründen nicht anzunehmen, daß ſich das Pronomen auf den Enkel beziehe.

4) §. 8. „Forsitan addubitet quis, an istis casibus, si nepos post testamentum nascatur vivo patre suo, deinde ex eo concipiatur, isque vivo patre [64]) deinde avo nascatur, an non potuerit heres institui, quia pater ipsius non recte institutus esset. Quod minime est expavescendum; hic euim suus heres nascitur, et post mortem nascitur.“

Vielleicht über keine Stelle ſind ſo viel verſchiedene Meinungen zum Vorſchein gekommen, wie über dieſe. Sie aufzuzählen, würde eine fruchtloſe Mühe ſeyn. Daß hier die Einſetzung eines Poſtumus mittelſt der Aquiliſchen, oder einer ihr in der Wirkung gleichkommenden Formel geſchehen, alſo auf den Fall erfolgt war, wenn der Poſtumus nach des Teſtirers Tode geboren werden würde, iſt allgemein anerkannt und auch keinem Zweifel unterworfen. Denn wenn gleich das Vellejiſche Geſetz bei Erörterung der vorhin erwähnten zweifelhaften Fälle mit zu Hülfe genommen wird, ſo iſt es doch gerade der Umſtand, daß ein erſt nach des Teſtirers Tode zur Welt kommender Poſtumus eingeſetzt war, welcher hier die Bedenklichkeiten veranlaßte. Auch kommt Scävola erſt im §. 11. und nachdem er zuvor (im §. 10) eine ſich auf die Aquilianiſchen Poſtumen beziehende allgemeine Bemerkung vorgetragen hat, auf den eigentlichen Inhalt der Lex Velleja. — Sodann iſt als gewiß anzunehmen, daß der noch nicht geborne Urenkel, von dem in der Stelle

64) Cod. Lips. A. B. u. C. haben: *isque mortuo patre* (doch bei Cod. A. iſt das *mortuo* durch eine zweite Hand hinein corrigirt und Cod. B. hat beides: isque *mortuo vivo* patre); eben ſo leſen *Venet.* Rubeor., Tortis *Lugd.* Sylb., *Porta; Senneton.*, *Venet.*, Junt.

die Rede iſt, wirklich eingeſetzt war; denn ſonſt hätte in Beziehung auf denſelben nicht gefragt werden können: an non potuerit heres institui? Endlich ſteht feſt, daß der Urenkel erſt nach des Teſtirers Tode erſchien, und zwar nachdem auch alle ihm Vorgehende nicht mehr am Leben waren. Dies ausdrücklich zu bemerken, war gar nicht einmal nöthig, ſondern ergab ſich allein ſchon daraus, daß als Grund, weshalb die Giltigkeit der Einſetzung allenfalls bezweifelt werden könne, nur der angegeben wird: „quia pater ipsius non recte institutus esset.“ Indeſſen gleichſam zum Ueberfluß heißt es am Ende der Stelle: „hic enim — — post mortem nascitur,“ was, nach der richtigen Bemerkung der Gloſſe zu dieſen Worten, ſo zu verſtehen iſt: post mortem *omnium*; denn ſo lange ihm beim Tode des Teſtirers noch nähere Deſcendenten deſſelben vorgiengen, verſtand ſich ja die Unwirkſamkiet der Erbeinſetzung ohnehin von ſelbſt. — Ob übrigens der Urenkel nach des Teſtirers Tode erſt wirklich geboren wurde, oder nur in Folge rechtlicher Fiction für nachgeboren gehalten werden durfte, mag hier einſtweilen dahin geſtellt bleiben.

Dies nun vorausgeſetzt, laſſen ſich die ſämmtlichen Ausleger auf zwei Klaſſen zurückführen; die eine vertheidigt die Florentiniſche Lesart: „isque *vivo patre* deinde avo nascatur,“ die andere ließt ſtatt „*vivo patre*: „mortuo patre.“ Von den zur erſten Klaſſe gehörigen Interpretationen findet ſich die folgende ſchon bei der Gloſſe[65]): es werde hier, wie in den unmittelbar vorher erörterten Fällen vorausgeſetzt, daß der Urenkel zwar früher ſchon geboren ſey, aber in Feindes Lande, und nun nach

65) Glossa *l.* ad *h. l.*

Aller Tode im Vaterlande erſcheine, „et sic, cum rediit, videtur nasci [66].“ Allein würde der Juriſt, welcher vorher ſo viel Gewicht auf die Frage legt: ob der im Auslande geborne Poſtumus in rechtlicher Hinſicht erſt mit dem Moment ſeiner Ankunft im Vaterlande als geboren anzuſehen ſey, oder nicht, — würde er hier wohl ganz unumwunden geſagt haben: „post mortem *nascitur?* Ohnehin paßt hierzu auch der Zweifelsgrund nicht. — Andere wollen das „*vivo patre*“ blos auf die Conception beziehen, das „deinde — nascatur“ blos auf den avus. *Pater* sei hier nicht der Erzeuger des Urenkels, ſondern der, von welchem vorher die Rede war, nämlich der Vater des Enkels, alſo der Sohn des Teſtirers, folglich müſſe unter dem avus eben der Teſtirer verſtanden werden. Hiernach erklären ſie die Frage ſo: wenn ein Enkel beim Leben ſeines Vaters geboren wird, ſich verheirathet, ein Kind erzeugt, und zwar das Kind noch vor dem Tode ſeines Großvaters concipirt iſt, dann dem Großvater ſeines Vaters (oder dem Teſtirer) nach deſſen Tode als suus heres geboren wird: iſt ein ſolches Kind für giltig eingeſetzt zu halten, oder iſt nun das Teſtament, wegen Präterition ſeines Vaters (des Teſtirers Enkel) rumpirt? — So namentlich Lälius Taurellus [67]) und Gregor Majanſius [68]). Der Scharfſinn in dieſer Erklärung iſt nicht zu verkennen,

66) Auch Bartolus ad h. l. billigt dieſe Erklärung, vorausgeſetzt, daß man *vivo* patre leſe; er ſelbſt giebt aber der Lesart *mortuo patre* den Vorzug.

67) ad h. l. bei Otto IV. p. 1617.

68) ad trig. Ict. P. II. p. 96 sqq. §. XXXV. — M. vgl. auch Finestres l. l. cap. V. §. 5. (in prael. Cervariens. p. 209.)

auch iſt hierbei der von Scävola angeführte Zweifels⸗grund hinreichend berückſichtigt. Es wird nämlich gefragt, ob das Teſtament überhaupt gelten könne, da ja der Va⸗ter des Urenkels für präterirt zu achten ſey? Man denke ſich z. B. der Teſtirer hatte geſagt: Filius heres esto; si filius meus vivo me morietur, tunc, quicunque mihi post mortem meam natus fuerit, si suus nascitur, heres esto. Nun aber wird ihm ein Enkel bei ſeinem und ſeines Sohnes Leben geboren. Mithin iſt der Fall, auf den die Einſetzung geſtellt iſt, nicht ein⸗getreten. Der als suus eingeſetzte Enkel iſt als postumus alienus geboren, folglich für präterirt zu achten. Dieſer Zweifel war auch allerdings begründet, wenn der Sohn vor dem Enkel geſtorben, dieſer alſo suus heres geworden war; anders dagegen verhielt es ſich, wenn der Enkel noch beim Leben ſeines Vaters mit Tode ab⸗gegangen, mithin für ihn ein Recht, im Teſtamente be⸗rückſichtiget zu werden, nie eingetreten war [69]). Daß nun der Urenkel beim Leben ſeines Großvaters concipirt ſey, war freilich nöthig, denn ſonſt müßte ſein Vater dieſen überlebt haben, wäre alſo rechtlich für präterirt zu halten. Allein immer folgt ja daraus noch keines⸗wegs, daß nicht dennoch der Sohn vor dem Enkel ge⸗ſtorben ſey; man ſoll alſo nach dieſer Erklärung nicht nur die Ausdrücke *pater* und *avus* in einer Beziehung neh⸗men, worin ſie nicht vorkommen, ſondern auſſerdem auch noch hinzu denken, daß der Enkel vor ſeinem Vater ge⸗ſtorben ſey. Darum ſcheint mir auch dieſe, ſonſt in ſich ſehr wohl zuſammenhängende Interpretation verwerflich.

Noch andere Vertheidiger dieſer Lesart wollen ſtatt:

69) M. ſ. oben die Erklärung von §. 13.

isque vivo patre, deinde avo, *nascatur* leſen: decedat [70]. Dieſe Textesänderung ſtützt ſich indeſſen nicht nur auf keine handſchriftliche Autorität, ſondern ſie hat auch ſonſt alle möglichen Gründe gegen ſich, indem man das *isque* nicht auf das unmittelbar vorher genannte Subjekt, den concipirten Urenkel, ſondern auf deſſen Vater beziehen, dem *deinde* aber die Bedeutung von et oder atque beilegen ſoll, was beides durchaus ſprachwidrig iſt.

Lieſ't man dagegen ſtatt *vivo* patre u. ſ. w. „*mortuo* patre, deinde avo nascatur", ſo erklärt ſich Alles höchſt einfach, und da dieſe Lesart ſich auch in Handſchriften und in den meiſten alten Drucken findet; ſo trage ich kein Bedenken, ihr den Vorzug zu geben, wie dies auch von faſt allen Auslegern geſchieht [71]. — Die Einſetzung kann man ſich hier ſo denken, wie vorhin beſtimmt wurde. Stirbt nun der Enkel mit Hinterlaſſung einer ſchwangeren Gattin, und hinterher der Sohn des Teſtirers, ſo iſt die Einſetzung des nach dem Tode des Teſtirers gebornen Urenkels vollkommen rechtsgiltig; denn ſein Großvater iſt gehörig eingeſetzt, er ſelbſt aber, wie

70) C. C. Weſtphal Theorie des röm. Rechts von Teſtamenten u. ſ. w. §. 502. S. 371.

71) S. z. B. Connanus comment. j. civ. Lib. X. c. IV. nr. 8. *H.* Donellus op. post. p. 149 sq. Langebeck in Ottonis thes. P. I. p. 579 sq. Suerin in Ottonis thes. T. IV. p. 73. Vallius ibid. T. I. p. 410 sqq. Merenda controv. jur. Lib. XV. c. III. §. 15. *Barth.* Chesi interpr. Lib. I. c. XLIX. ad h. l. nr. 4. (l. l. p. 258.), *A.* Faber conj. Lib. IX. c. 9. Franke Notherbenrecht S. 30. Dr. Hunger in der deutſchen Ueberſetzung des corpus juris u. A.

die Einſetzungsformel es vorausſetzte, als suus heres und nach des Teſtirers Tode geboren.

Unmittelbar hieran ſchließt ſich folgende Aeuſſerung Scävola's entweder als Erläuterung oder als Folgeſatz an:

§. 9. „Ergo et si [72]) pronepos admittitur, qui natus erit ex nepote, postea vivo filio [73]), atque si ex eo natus esset, adoptatur“ [74]).

So lieſ't die Florentiniſche Handſchrift, und die in anderen Codices ſich findenden Varianten ſind nicht bedeutend. Hier hatten denn Kritiker und Interpreten wieder hinreichende Gelegenheit, ihren Scharfſinn zu zeigen; und ſelten wird man auch nur zwei finden, die völlig mit einander übereinſtimmen. — Cujacius [75]) verſteht die Stelle ſo: Wenn dadurch, daß der Enkel nur als postumus alienus eingeſetzt erſcheint, das Teſtament nicht rumpirt wird, ſo iſt dies auch nicht der Fall, wenn der Enkel gar nicht eingeſetzt, alſo im buchſtäblichen Verſtande präterirt wird, z. B. der Erblaſſer geſagt hätte: si filius meus me vivo morietur, tunc si quis mihi pronepos sive quae proneptis post mortem meam in decem mensibus proximis, quibus filius meus moreretur, natus natave erit, heredes sunto. In der That liegt dieſer Gedanke ſehr nahe; nur die Worte paſſen hiezu überall nicht, und wenn man

72) Hal. et sic, und daß dieſe Lesart ſich auch in Handſchriften findet, bezeugt Alciatus ad h. l. p. 643. not. e.

73) Cod. Lips. B.: *postea et vivo*.

74) So die Flor. Hal. lieſ't *adoptatus* und eben ſo *Lugd.* Porta; Senneton. *Venet.* Junt.

75) Cujacius ad h. l. (opp. prior. P. l. p. 1100.)

auch mit Cujacius ſtatt: „Ergo et si pronepos admittetur“ leſen dürfte: „ergo et si *nepos omittetur*“, ſo iſt doch die in dem Schlußworte (adoptatur) liegende Schwierigkeit immer noch nicht beſeitigt; denn gar zu willkührlich iſt es doch, daß man dieſen Ausdruck nur figürlich verſtehen dürfe, für: *assumitur*, alſo: wenn der Urenkel nach dem Tode Aller geboren wird, ſo kommt ſein präterirter Vater überall nicht weiter in Betracht, ſondern er tritt nunmehr an ſeines Großvaters Stelle, gleichſam als ob er von dieſem erzeugt wäre, (er wird an deſſen Stelle aufgenommen)! Hat Scävola den Gedanken: der Urenkel wird hier ſo behandelt, als wäre er der eigne Sohn des Großvaters, — wirklich ausdrücken wollen, ſo bedarf es zwar immer einiger, aber keineswegs einer ſo auffallenden Aenderung des Textes. Lieſ't man nämlich:

> „Ergo *sic* pronepos admittetur, qui natus erit ex nepote, postea vivo filio, atque si ex eo natus esset adoptatus;“ —

ſo ſagt der Juriſt: „der Urenkel wird hier zugelaſſen, wenn der Sohn den Enkel überlebt, als wenn er wie deſſen Sohn (alſo an Enkels Statt) vom Teſtirer adoptirt iſt [76].“ — Das *sic* hat handſchriftliche Autorität

76) Goveanus (in comment. primo ad h. l. §. 31. in f.) iſt, wie überhaupt wohl die meiſten Interpreten im Reſultate einverſtanden, glaubt aber, daß es alsdann folgender Wortverſetzung bedürfe: „ergo et sic pronepos admittetur ex nepote, qui natus erit postea vivo filio atque si ex eo natus esset adoptatus.“ *Gabr.* Vallius (l. l. p. 411. nr. 1.) ſchlägt vor, das postea in *post eum* zu verwandeln. Allein wie dann dieſer Sinn in dem Satze liegen könne, iſt mir nicht klar.

für ſich, und daß das folgende alsdann dieſen Sinn haben könne, iſt nicht zu läugnen. Indeſſen ſtände denn doch das: „qui natus erit ex nepote“ eigentlich überflüſſig, und das folgende: „postea vivo filio“ iſt jedenfalls zweideutig.

Eine wunderliche Idee hat Bartolus: es ſey hier die Rede von einem beim Leben des Sohns adoptirten Urenkel, welcher zur Zeit der Adoption ſich noch in Feindes Lande befindet [77]. Eben ſo gut könnte Scävola auch an die Adoption eines Kindes im Mutterleibe gedacht haben; beides aber iſt nach juriſtiſchen Begriffen unmöglich [78].

H. Donellus will den Fall auf die Lex Velleja beziehen. Der Urenkel werde beim Leben des Sohnes geboren, und ſuccedire nun dieſem als suus heres nach dem zweiten Kapitel des Vellejiſchen Geſetzes, gleichſam als ſey er als deſſen Sohn vom Teſtirer adoptirt [79]. Auf ähnliche Art Greg. Majanſius, welcher übrigens ſtatt *adoptatus* leſen will: *adaptatus*. Wie Scävola

77) Uebrigens findet ſich auch dieſe Meinung ſchon in der Accurſ. Gloſſe angedeutet.

78) Es widerſtreitet dies dem Grundſatze, daß der Adoptirte Civität haben müſſe. Was in dem §. fin. Inst. *de adopt.* über die Adoption eines Sklaven vorkommt, iſt nicht klar und wird auch von den beſten Auslegern (z. B. von *Jan. a* Costa, Bachovius, Vinnius, Otto, Schrader) ſo verſtanden, daß der Sklave durch eine ſolche Handlung nur die Freiheit, nicht aber Sohnesrechte erlangt habe, was auch durch die Paraphraſe des Theophilus ad h. l. beſtätigt wird. — S. auch noch *A.* Faber conj. Lib. IX. c. 9. p. 254 B.

79) opp. post. p. 152.

im §. 7. frage: utrum casus ad Legem Vellejam respiciat, an ad jus antiquum *aptandus* sit," ſo ſpreche er hier von einem *adaptare* sc. ad Leg. Vellejam, oder von einer Subſumtion unter das Vellejiſche Geſetz [80]). Aber in dieſer ganzen Erörterung über die Aquilianiſchen Poſtumen wird die Lex Velleja allemal ausdrücklich erwähnt, wenn ſie in irgend einer Beziehung zur Anwendung gebracht werden ſoll. Daß Scävola einen Fall unter die Lex Velleja ſubſumirt hätte, ohne das Geſetz zu nennen, dürfen wir hier aber am wenigſten annehmen, da der in der vorausgehenden Stelle entſchiedene Fall ganz offenbar unter die Aquiliſche Formel gehörte, und ſchon die Art, wie der Juriſt beide Stellen mit einander verbindet, deutlich darauf hinweiſ't daß hier gleichartige Fälle vorgetragen werden, oder die zweite nur einen Folgeſatz aus der erſten enthalte. Und auch ganz abgeſehen hiervon, iſt die letztere Erklärung ſchon darum zu verwerfen, weil man den Worten offenbaren Zwang anthun und einen ganzen Satz hinzu denken muß, um dieſen Sinn zu finden.

Mehr Beifall würde die Meinung A. Fabers verdienen, daß die Stelle nur eine Erklärung über einen Zweifel enthalte, wozu die vorausgehende Entſcheidung Veranlaſſung gegeben [81]), wenn nur nicht dabei vorausgeſetzt werden müßte, daß das „adoptatus" als willkührlicher Zuſatz ganz wegzuſtreichen ſey. Er wirft nämlich in Scävola's Namen die Frage auf: wie denn ein postumus alienus des Teſtirers dieſem einen suus heres habe erzeugen können? Dieſen Zweifel habe der

80) *Greg.* Majansius ad trig. Ict. P. II. p. 97. §. XXXVI.

81) *A.* Faber conj. Lib. IX. c. 9. p. 256.

Juriſt durch die Bemerkung beſeitigt: der Urenkel ſuccedire hier ſo (Faber lieſ't alſo mit Andern *sic*), als ob er von dem den Enkel überlebenden Sohne erzeugt wäre; oder, in rechtlicher Hinſicht werde der Vater des Urenkels ſo behandelt, als habe er nie exiſtirt. Indeſſen iſt die Anwendung bloſſer Conjectural-Kritik hier um ſo mißlicher, als ſo wenig in den vorausgehenden, wie in den folgenden Sätzen von Adoption die Rede iſt, mithin nicht angenommen werden darf, daß jenes Wort dem Abſchreiber durch ein Verſehen in die Feder gekommen ſey [82].

Auf ähnliche Art wie Faber erklärt Langebeck [83]; indeſſen glaubt er, daß es einer Emendation nicht bedürfe, ſondern nur anders zu interpungiren ſey, wie gewöhnlich geſchieht, nämlich ſo: „Ergo et sic pronepos admittetur, qui natus erit ex nepote postea; vivo filio, atque si ex eo natus esset adoptatus." Und dies ſoll man ſo überſetzen: der Urenkel, von dem die Rede iſt (nämlich der ſpäter von dem ebenfalls erſt nach dem Teſtamente erſcheinenden Enkel Erzeugte) wird zur Erbſchaft gelaſſen, als wenn ſein Vater (is qui vivo filio ex eo natus est) von dem Teſtirer als Enkel adoptirt wäre. Aber wie iſt es möglich, dies ſo zu verſtehen? Scävola hätte dann wenigſtens ſich ſo ausdrücken müſſen: atque si natus ex filio esset adoptatus. Und auch in dieſem Falle wäre die Wendung höchſt gezwungen und überdies nicht zu begreifen, wie denn der obige Zweifel dadurch beſeitigt werden ſoll, daß man den nach dem Teſtamente gebornen und vor

82) S. meine doctrina Pand. Vol. I. §. 57. nr. 2.

83) in Otto's thes. T. I. p. 580.

ſeinem Vater wieder verſtorbenen Enkel mit einem Adoptiv-Enkel vergleicht.

Der Zweifel, an welchen Faber und Langebeck hier denken, war auch ſchon genügend durch den Grund abgewieſen, worauf Scävola ſeine Entſcheidung im §. 8. ſtützt. Viel näher liegt es, daß er im §. 9. dieſe Entſcheidung nur auf den Fall anwendet, wenn der Teſtirer einen Extraneus an Enkels Statt adoptirt, und dieſer mit Hinterlaſſung einer ſchwangern Gattin ſtirbt. Dann muß man freilich nach Franke's Vorſchlage, ſtatt *adoptatus* leſen adoptato [84]). Durch dieſe leichte Emendation ſind denn aber auch alle Schwierigkeiten entfernt. Allenfalls möchte ich noch das *si* im Eingange mit bloſer Verſetzung der Buchſtaben in *is* verwandeln, wodurch denn der ganze Satz auch ohne Commentar höchſt verſtändlich wird: „Ergo et is pronepos admittetur, qui natus erit ex nepote, postea vivo filio atque si ex eo natus esset, adoptato"; was ganz ungezwungen ſo überſetzt werden kann: Alſo wird auch der Urenkel zur Erbfolge aus dem Teſtament gelaſſen, welcher von einem Enkel erzeugt iſt, der nach errichtetem Teſtamente als Sohneskind adoptirt wurde [85]).

84) Notherbenrecht S. 31. — Gebilligt wird dieſer Vorſchlag auch von dem Recenſenten der Frankeſchen Schrift in Schunck's Jahrbüchern der geſammten deutſchen juriſtiſchen Literatur Bd. XIX. Heft 3. S. 231 a. E.

85) Merenda controv. Lib. XV. Cap. III. §. 16. 17., will die Worte: „et si pronepos admittetur, qui natus erit ex nepote" in eine Parentheſe einſchließen, und verſteht alsdann die Stelle von dem Falle, wenn der Sohn des Teſtirers nach deſſen Ableben den Urenkel deſſelben — alſo ſeinen Enkel — in Adoption giebt; Scävola wolle ſagen:

5) Nachdem nun Scävola in dem folegnden Theile der Stelle von dem Vellejiſchen Geſetze, und von den Fällen geſprochen hat, welche unter die Norm des erſten oder des zweiten Kapitels deſſelben gehören, kommt er im §. 15. auf den Fall, welcher oben (S. 227 fg.) bereits vorgetragen werden mußte, weil dies zur Begründung einer richtigen Anſicht über Inhalt und Form dieſes Geſetzes nöthig war. Die Entſcheidung ſelbſt aber gehört erſt hieher, da nicht ſchon die Anwendung gewöhnlicher Auslegungsregeln zu ihrer Feſtſtellung genügte, ſondern nur durch künſtliche Combinaton beider Kapitel eine Entſcheidung möglich wurde, wobei man ſich denn auf die Autorität Julians berief. — Alſo: Der Teſtirer ſetzte einen Sohn und einen noch nicht gebornen Enkel von demſelben ein. Der Enkel wurde beim Leben ſeines Vaters geboren, dieſer aber ſtarb vor dem Teſtirer, ſo daß der eingeſetzte Enkel jetzt als suus heres eintrat. War er nun zwar als ſolcher, mithin an ſich giltig eingeſetzt, ſo paßte doch keine der vorhandenen Rechtsnormen auf dieſen Fall. Nicht die Vorausſetzung der Aquiliſchen Formel; denn der Enkel war ja nicht nach des Teſtirers Tode geboren. Nicht das erſte Kapitel des Vellejiſchen Geſetzes, da der Poſtumus nicht als suus geboren, und eben ſo wenig das zweite Kapitel, da er nicht ſchon zur Zeit der Teſtamentserrichtung vorhanden geweſen war. Julianus argumentirt hier ſo: Das erſte Kapitel des Vellejiſchen Geſetzes berückſichtigt doch immer, die nach

der in Adoption Gegebene werde hierbei nicht als Enkel, ſondern als Sohn ſeines Großvaters betrachtet, da er das jus sui heredis nicht durch ſeinen Vater, ſondern falls er es überhaupt in Beziehung auf ſeinen Urgroßvater erhalte, durch ſeinen Großvater erwerbe.

dem Teſtamente gebornen Poſtumen, das zweite diejenigen, welche erſt durch Nachrücken — nicht ſchon durch ihre Geburt — Suitätsrechte erhalten. Hält man ſich alſo nur an dieſe hauptſächliche Tendenz des Geſetzes und abſtrahirt von den beſonderen Eigenthümlichkeiten und Vorausſetzungen eines jeden dieſer Kapitel, ſo kommt man durch eine Vereinigung beider zu dem Reſultate, daß die Einſetzung des Enkels zu Recht beſtändig ſey; denn derſelbe iſt ja nach dem Teſtamente geboren, und hat durch successio in alius locum Suitätsrechte erlangt:

„Juliano tamen videtur, duobus quasi capitibus legis commixtis [86]), in hoc quoque inducere legem ne rumpantur testamenta [87]).

Hierbei wirft nun Scävola im §. 16. die Frage auf:

„Quaeremus tamen, quum recepta est Juliani [88]) sententia, an, si nascatur nepos vivo patre suo, deinde emancipetur, sponte adire possit hereditatem? Quod magis probandum est; *nam emancipatione suus heres fieri non potuit.*“

86) Cod. Lips. B. C: *coadunatis.*

87) S. über dieſen Theil der Stelle auch Goveanus in comment. I. ad h. l. §. 35. und Merenda controv. Lib. XV. c. VI. §. 14.

88) Die Flor. hat *Juliano*, und dieſe Lesart halten Taurellus (in Ottonis thes. T. IV. p. 1624) und Merenda (l. l. §. 15.) auch für die richtige. Denn, ſagen ſie, wäre die Meinung Julians ſchon allgemein anerkannt geweſen, ſo würde Scävola den Fall nicht einen casum difficilem genannt haben; cum recepta sit *Juliani* sententia heiße aber nur: „cum probata sit, placeatque haec sententia Juliano.

Die meiſten Ausleger behandeln dieſe Stelle als einen ſich von ſelbſt verſtehenden Folgeſatz aus dem Vorhergehenden, indem ſie allenfalls noch die Bemerkung hinzufügen, daß der emancipirte Enkel die großväterliche Verlaſſenſchaft nicht als necessarius heres erwerbe, ſondern wie jeder andere ſog. voluntarius heres erſt durch Antretung. Dem aufmerkſamen Leſer dringen ſich aber bald die Fragen auf: Wozu hier eine Berufung auf Julians Meinung über den im §. 15. vorgetragenen Fall? Und was will der Juriſt mit den Worten: nam emancipatione suus heres fieri non potuit" (die offenbar den Schlußſtein der Entſcheidung bilden ſollen) eigentlich ſagen?

Langebeck[89]) läßt ſich auf dieſe Fragen ein; allein er glaubt, daß der Fall gar nicht von einem emancipirten Enkel verſtanden werden dürfe, da eines Theils Julians Entſcheidung nur einen als Suus inſtituirten Enkel betreffe, mithin keinen Schluß auf das Recht eines emancipirten Deſcendenten zulaſſe; anderen Theils ſich auch von ſelbſt verſtehe, daß ein ſolcher das Teſtament nicht rumpiren könne, und vollends die Bemerkung höchſt überflüſſig ſey, daß man durch Emancipation aufhöre, suus heres zu ſeyn. Er glaubt daher, daß ein Wort ausgefallen ſey, indem geleſen werden müſſe: „si nascetur nepos vivo patre, *qui* deinde emancipetur", und denkt ſich hiernach den Zuſammenhang ſo: Julianus habe die Einſetzung des nachgebornen Enkels für giltig erklärt, wenn derſelbe beim Leben ſeines Vaters geboren werde, und dieſer vor dem Teſtirer mit Tode abgehe. Daſſelbe müſſe denn auch angenommen

89) Annot. cap. XLII. (in Ottonis thes. T. I. p. 582.

werden, wenn der Sohn des Teſtirers nicht durch den Tod, ſondern durch Emancipation aufhöre suus heres zu ſeyn, und darauf gehe die Bemerkung am Schluſſe. Gezweifelt habe man indeſſen, ob der Enkel, wenn ſein Vater die Erbſchaft ausſchlage, nun als necessarius heres dieſelbe erwerbe, oder wie ein Extraneus durch Antretung.

Allein die Willkührlichkeit der Vorausſetzungen, von welchen hier ausgegangen wird, auch bei Seite geſetzt, ſo muß dieſe Meinung doch ganz verworfen werden. — Durch Emancipation des Vaters rückte der bereits geborne Enkel als Suus ein[90]. Angenommen nun, ſeine auf dieſen Fall geſtellte Einſetzung war von Beſtand, — er blieb Suus und Niemand machte ihm beim Anfall der Erbſchaft dieſelbe ſtreitig. — ſo konnte er auch nur in dieſer Eigenſchaft die Erbſchaft erwerben. — Aber die Einſetzung wäre in dem angenommenen Falle auch überall nicht giltig geweſen. Zuerſt aus dem, oben (S. 192 fg.) näher ausgeführten Grunde: Die giltige Erbeinſetzung eines postumus nepos hängt davon ab, daß ſein Vater als ein ihm vorgehender Erbe eingeſetzt ſey, was er ja durch Emancipation nicht aufhört zu ſeyn. Konnte aber dieß Hinderniß auch dadurch beſeitigt werden, daß der Sohn die väterliche Verlaſſenſchaft ausſchlug, ſo bewirkte doch jede Emancipation eines Sohnes nach civilrechtlicher Conſequenz eine Ruption des Teſtaments, wo-

90) *Gaji* inst. II. §. 133. — §. 2. I. *de exhered. lib.* §. 2. *de hered. qual. et differ.* §. 2. I. *de hered. quae ab int. defer.* (— „nepos neptisve suorum heredum numero sunt, si praecedens persona desierit in potestate parentis esse sive morte id acciderit sive alia ratione, *velut emancipatione*").

durch der geſammte Inhalt deſſelben, folglich auch die Einſetzung des Poſtumus aufgehoben ward. — Dies ſoll jetzt erwieſen werden.

Die eben gedachte Wirkung der Emancipation eines Sohnes hieng mit dem dabei zu beobachtenden Ritus auf das Genaueſte zuſammen. Dreimal mußte der Sohn mancipirt, und eben ſo oft manumittirt werden; erſt nach der dritten Manumiſſion ward er frei. Nach den beiden erſten Manumiſſionen alſo kehrte er in die Gewalt des natürlichen Vaters zurück [91]), agnascirte mithin demſelben als postumus, und zerſtörte als ſolcher das Teſtament, auch wenn er ſich in demſelben eingeſetzt oder enterbt fand [92]). Zwar hörte er nach der Manumiſſion auf, suus heres zu ſeyn, es darf daher wohl angenommen werden, daß der Prätor ihm auf ſein Verlangen bonorum possessionem secundum tabulas gab, wenn er in dem Teſtament eingeſetzt war [93]); auch iſt nicht zu bezweifeln, daß er ſtatt deren die bonorum possessio intestati nicht nachſuchen konnte, um etwa die Erb=

91) *Gaji* inst. Lib. I. §. 132. §. 134. II. §. 141.

92) *Gaji* inst. Lib. II. §. 141. („filius qui ex prima secundave mancipatione manumittitur, quia revertitur in potestatem patriam; rumpit ante factum testamentum; nec prodest, si in eo testamento heres institutus, vel exheredatus fuerit.“) *Ulpiani* Fragm. XXIII. §. 2.: „Rumpitur testamentum — — *agnatione* — — — Agnascitur suus heres — — — — — manumissione i. e. *si filius ex prima secundave mancipatione manumissus reversus sit in patris potestatem.*“

93) Arg. L. 12. pr. D. *de inj. rupto irr. f. test.* u. L. 11. §. 1. D. *de bon. poss. sec. tab.* (XXXVII. 11.)

ſchaft frei von Laſten zu haben [94]), ſo daß mithin ein ſolches Teſtament, ſeinem weſentlichen Inhalte nach bei Kräften blieb. Allein theils war dies ja nicht von jeher ſo, theils konnte die Ruption immer noch die wichtige Folge haben, daß nun ein folgender Grad nicht für gehörig eingeſetzt galt. — Anders dagegen verhielt es ſich, wenn Töchter und Enkel emancipirt wurden, wozu eine einmalige Mancipation genügte [95]). Allerdings fielen auch ſie regelmäßig wieder in die Gewalt des Emancipirenden vor gänzlicher Beendigung der Handlung zurück, indem der, durch welchen das Geſchäft vermittelt wurde (der ſ. g. pater fiduciarius) zur Remancipation an den erſteren verpflichtet war. Allein dieſe Remancipation, welche bei Söhnen erſt nach dem dritten Scheinverkauf vorkam, hatte nicht, wie jene Manumiſſionen eine Erneuerung der väterlichen Gewalt zur Folge, ſondern begründete nur das Recht des Vaters, das Kind ſelbſt zu manumittiren, um ſich die Patronatsrechte über daſſelbe zu verſchaffen [96]); von einer Agnition des Kindes und den Folgen derſelben konnte mithin hier überall nicht die Rede ſeyn.

Was ſich nun hieraus von ſelbſt ergiebt, — daß nämlich nur die Emancipation der Söhne, nicht aber die der Enkel und Töchter die Ruption des Teſtaments zur Folge hatte, — beſtätigt Ulpian ſehr deutlich, wenn er

94) Tit. Dig. *si quis omissa causa testamenti ab intestato possideat hereditatem.*

95) *Gaji* inst. I. §. 132. 134. 135.

96) Unterholzner in der Zeitſchrift für geſchichtliche Rechtswiſſenſchaft herausgegeb. von v. Savigny ꝛc. Bd. II. S. 161 fg.

ſagt: „Filia cum emancipatur, vel nepos, *quia una emancipatione exeunt de potestate*, testamentum non rumpunt“ [97]). Und gewiß iſt es nicht unwahrſcheinlich, daß darum Scävola in der bereits erklärten L. 29. §. 5. D. *h. t.* die Emancipation des Sohnes nicht unter den Gründen nennt, wodurch die Einſetzung eines entfernteren Deſcendenten wirkſam werden kann, wohl aber die des Enkels [98]). Man könnte nun etwa denken, daß die Schlußworte unſerer Stelle („nam emancipatione suus heres fieri non potuit“), welche ganz gewiß nicht etwa nur den trivialen Satz ausdrücken ſollen: durch Emancipation wird das Suitätsverhältniß nicht begründet, ſondern vernichtet, — ebenfalls auf jenen

97 L. 8. §. 1. D. *de inj. rupto irr. facto test.*

98) S. oben S. 244. und den daſelbſt angeführten *A.* Faber; ferner Cujacius und Schulting ad Ulp. Fragm. XXIII. §. 3. (Jpdentia ante — Justin. p. 646. Note 6. 7.) — Ganz willkührlich iſt es, wenn Merenda (controv. Lib. XV. cap. V. §. 10., den Satz Ulpians (Not. 97.) nur auf den Fall beziehen will, wo während dem, daß der zu emancipirende Sohn in dem Mancipium des Scheinkäufer ſich befand, das Teſtament errichtet wurde; merkwürdig aber die Art, wie Conradi (Diss. cit. super cautione Aquillii *etc.*) p. 21 sqq. die Faber'ſche Idee zu widerlegen ſucht. Erſtlich meint er, es werde wohl nicht leicht ein Teſtament während der Mancipationshandlung errichtet worden ſeyn. Zweitens bezieht er ſich auf einige vor der Auffindung der Veroneſiſchen Handſchrift von Gajus ſchon bekannte Stellen über die erroris causa probatio (Collat. Tit. XVI. §. 2. u. §. 3.), welche er ſo verſteht, daß in einem ſolchen Falle eine Unterſuchung habe eintreten müſſen. ob der Vater irrthümlich den Sohn im Teſtamente präterirt habe oder nicht; nur im erſten Fall ſey eine Ruption eingetreten!

Unterſchied hindeuten, der Juriſt mithin ſagen wolle: „denn der Enkel wird nicht (wie der Sohn) suus heres durch Emancipation.“ Dies iſt aber ganz unmöglich. Denn, zuerſt, welcher römiſche Juriſt würde ſich wohl ſo ausgedrückt haben, wenn von den Wirkungen der Emancipation die Rede war: ſie begründe Suitätsrecht, oder, ſie begründe ſie in einem Falle nicht! Nicht die Emancipation ſelbſt, ſondern der ſie vorbereitende Ritus hatte die Folge, daß nach der juriſtiſchen Conſequenz angenommen werden mußte, der Sohn ſey während der Emancipationshandlung aus einer fremden Gewalt in die ſeines Vaters wieder zurückgefallen, zerſtöre alſo deſſen Teſtament, da er nun gleichſam als Suus eintrete. Und dann, in welchem Zuſammenhange könnte dies mit dem vorgetragenen Falle ſelbſt ſtehen? Hier war ja nicht die Rede von der Giltigkeit und dem Rechtsbeſtande der Erbeinſetzung, — denn darüber zweifelte Scävola wegen der recepta sententia Juliani überall nicht, ſondern von ihrer Wirkung in Beziehung auf die Art des Erbſchaftserwerbs. Darauf allein wird die Frage gerichtet, und jede Vorausſetzung, wodurch ihr Umfang erweitert wird, muß allemal etwas Willkührliches behalten. — Beziehen wir nun hierauf die Schlußworte, ſo ſagen ſie: durch die Emancipation ward es verhindert, daß der Enkel überhaupt Suus werden konnte [99]). Daraus wird es denn deutlich, daß derſelbe noch beim Leben ſeines Vaters emancipirt wurde. Allein wie konnte Scävola alsdann die Einſetzung dieſes Enkels für giltig und wirkſam erklären, und wie hängt dieſer Fall zuſammen mit dem von Julianus entſchiedenen, wo der Enkel als Suus eingeſetzt war und auch als Suus erbte? Eine völlig

99) Merenda controv. Lib. XV. c. VII. §. 16.

ſichere Antwort auf dieſe Frage möchte nicht möglich ſeyn; ſehr wahrſcheinlich aber iſt der Zuſammenhang folgender:

Julian hatte mittelſt Combination der Principien, worauf das erſte und das zweite Kapitel der Lex Velleja beruhet, die Einſetzung eines Enkels für zuläſſig erklärt, der beim Leben ſeines Vaters geboren, durch den Tod deſſelben aber suus heres ſeines Großvaters geworden war. Bis auf einen Punkt nun geht der in unſerer Stelle erwähnte Fall mit jenem allerdings parallel: Der eingeſetzte Enkel iſt zu einer Zeit geboren, wo ihm ſein Vater noch vorgieng, dieſer indeſſen vor dem Teſtirer geſtorben, ſo daß der Enkel der nächſte zur großväterlichen Verlaſſenſchaft iſt; nur iſt er nie Suus geworden, da er von dem Großvater noch bei des Vaters Leben emancipirt wurde. Allein dies ſoll dem Teſtamente nicht im Wege ſtehen. Denn (ſo argumentirte man) wird die Einſetzung darum für giltig erklärt, damit nicht der Enkel durch ſeinen Eintritt als suus heres das Teſtament rumpire, warum ſoll ſie denn nicht weniger gelten, weil derſelbe in eine Lage kommt, welche ihm das Rumpiren unmöglich macht [100])? War man nun hierüber einig, ſo konnte freilich nur noch gefragt werden: ob der emancipirte Enkel als necessarius, oder als ſ. g. voluntarius heres erbe? Für Letzteres erklärt ſich Scävola mit Recht, da die Emancipation das Verhältniß aufgehoben hatte, wodurch die Eigenſchaft eines necessarius heres in dieſem Sinne bedingt iſt. — Es leidet hiernach übrigens keinen Zweifel, daß man ſich für die Aufrechthaltung der Einſetzung auch alsdann erklärt haben würde, wenn der Enkel erſt nach ſeines Va-

100) Vgl. Merenda l. l. §. 17.

ters Tode emancipirt worden, mithin des Großvaters Gewalt als Suus unterworfen geweſen wäre, da die Gründe hier vollkommen gleich ſind; nur kann die Stelle nicht von dieſem Falle verſtanden werden.

So natürlich nun aber auch jene Argumentation an ſich iſt, ſo muß es dennoch auffallend erſcheinen, daß man die recepta Juliani sententia ſo ohne weiteres hier anwandte, wo man ſich auch noch über die Regel hinwegſetzen mußte, daß ein Poſtumus nur als Suus eingeſetzt werden dürfe. Aber ſollte etwa Julian ſchon den Grundſatz ausgeſprochen haben: wenn ein (civilrechtlicher oder prätoriſcher) Notherbe ſich beim Anfall der Erbſchaft im Teſtamente eingeſetzt findet, ſo gilt das Teſtament? Gewiß nicht. Julian wirkte und ſchrieb bekanntlich unter Hadrian. Noch Gajus aber trägt den Grundſatz vor, daß, wenn Jemand als Extraneus giltig eingeſetzt ſey, aber auf künſtliche Weiſe (z. B. durch Adoption) unter die Gewalt des Teſtirers komme, dadurch das Teſtament rumpirt werde, und ſo umgekehrt der Sohn, welcher als Suus giltig eingeſetzt oder enterbt, hinterher aber emancipirt werde:

> „Si quis post factum testamentum adoptaverit sibi filium — — — — — omnimodo testamentum ejus rumpitur quasi agnatione sui heredis. — — — — *Nec prodest*, *si* — — *qui adoptatus est*, *in eo testamento sit institutus.* — — Filius quoque, qui ex prima secundave mancipatione manumittitur, quia revertitur in potestatem patriam, rumpit ante factum testamentum; *nec prodest*, *si in eo testamento heres institutus*, *vel exheredatus fuerit*“ [1]).

1) *Gaji* inst. II. §. 141.

Und daß Gajus hier nicht etwa nur altes Civilrecht referiren will, ſondern einen zu ſeiner Zeit noch geltenden Rechts-Grundſatz, beweiſ't die Art, wie er ſich über eine erſt durch ein Senatusconſult unter Hadrian aufgekommene Ausnahme erklärt. Ein gleiches Recht (fährt er nämlich fort) habe auch für den Fall ſtatt gefunden, wenn das zwiſchen einem civis Romanus und einer Latina oder Peregrina erzeugte Kind durch erroris causa probatio die Civität und Familienrechte erlangt habe [2]); jenes Senatusconſult habe dies indeſſen dahin abgeändert, daß ein ſolches Kind das Teſtament nicht rumpire, worin es eingeſetzt oder ausgeſchloſſen ſey, vorausgeſetzt, daß die causae probatio erſt nach des Vaters Tode erfolge; ſonſt ſollte er alſo auf's Neue teſtiren müſſen:

> „Nunc vero ex novo senatusconsulto, quod auctore divo Hadriano factum est, siquidem vivo patre causa probatur, aeque ut olim omnimodo rumpit testamentum; si vero post mortem patris, praeteritus quidem rumpit testamentum, si vero heres in eo scriptus est, vel exheredatus, non rumpit testamentum, ne scilicet diligenter facta testamenta rescinderentur eo tempore, quo renovari non possent" [3]).

Durch Julian ſelbſt konnte alſo die Regel nicht anders beſtimmt ſeyn. — Dagegen wird in mehrern Pandekten-Stellen die Einſetzung eines Extraneus, der nachmals adoptirt wurde, für giltig und wirkſam erklärt, weil er ja als Extraneus eingeſetzt werden durfte, und beim Anfall der Erbſchaft, wo er Suus war, ſich im Teſta-

2) *Gaji* inst. II. §. 142.

3) Lib. II. §. 143.

ment berückſichtiget findet. So ſagt eben Scävola, der Verfaſſer der L. 29. h. t. und Zeitgenoſſe des Gajus[4]:

„Si, qui heres institutus est a testatore, arrogetur, *potest dici, satis ei factum, quia et ante, quam adoptetur, institutio ut in extraneo locum habebat*[5].

Und auf ähnliche Art entſcheidet Papinian den Fall, wenn der eingeſetzte Extraneus an Enkels Statt adoptirt wird:

„Si Titius heres institutus loco nepotis adoptetur, defuncto postea filio, qui pater videbatur, nepotis successione non rumpitur testamentum ab eo, *qui heres invenitur*“[6].

Förſter glaubt zwar, daß hier der Extraneus auf den Fall, wenn er durch Adoption Suus heres geworden ſeyn würde, eingeſetzt ſey[7]. Allein dann würde Scävola ſeine Entſcheidung nicht darauf geſtützt haben, daß die Einſetzung, an ſich betrachtet, als Einſetzung eines Extraneus auſſer Zweifel habe geſchehen dürfen, und eben ſo wenig hätte Papinian ſagen können: es genüge, wenn der, welcher beim Tode des Teſtirers suus heres iſt, ſich eingeſetzt finde (Note 6). Es iſt alſo klar, daß hier ein ganz anderes Recht vorgetragen wird, wie von Gajus. Auch darf wohl nicht bezweifelt werden, daß Gajus, der als Sabinianer den laxen Interpretationen

4) Zimmern Geſch. des röm. Privatrechts. Bd. 1. §. 93. S. 342. u. §. 97. S. 359.

5) L. 18. D. *de inj. rupto irr. facto test.*

6) L. 23. §. 1. D. *h. t.*

7) Foerster de bon. poss. lib. praeter. p. 117 sq. u. p. 297 sq.

nicht zugethan war [8]), den in dem Schlußſatze der L. 29. vorgetragenen Fall nicht ſo entſchieden haben würde, wie Scävola, auch wenn die dort erwähnte Anſicht Julians an ſich in der Praxis recipirt war. Scävola dagegen, welcher bei der Erläuterung der Formel des Aquilius und des Vellejiſchen Geſetzes durchgängig auf Erweiterung der gegebenen Beſtimmungen bedacht iſt, trägt auch kein Bedenken, die Entſcheidung Julians in einem höheren Sinne zu verſtehen und anzuwenden. Er conſtruirte ſich das dabei zu Grunde liegende Princip etwa ſo: iſt die Einſetzung an ſich giltig, ſo ſoll ihre Wirkſamkeit auch dadurch nicht gehindert werden, daß der Eingeſetzte auf eine andere Art, als der Buchſtabe der vorhandenen Normen beſtimmt, zur Erbfolge befähigt wird. Der in dem Julianiſchen Falle eingeſetzte Enkel mußte nach ſtrenger Interpretation das Teſtament rumpiren, mithin, da er beim Tode des Großvaters immer der Nächſte war, ab intestato erben. Läßt nun Julian die Ruption dennoch nicht eintreten, ſo muß auch (ſchließt Scävola) aus gleichem Grunde die Einſetzung bei Kräften bleiben, wenn der Eingeſetzte beim Anfall der Erbſchaft nicht civilrechtlicher, ſondern nur prätoriſcher Notherbe iſt. Er gieng daher nicht einmal weiter, ſondern wandte dieß nämliche Princip nur auf andere Weiſe an, wenn er die Einſetzung eines Extraneus, welcher ſpäter durch Adoption Suitätsrecht gegen den Teſtirer erhält, für wirkſam erklärt. Den Grund ſeiner Entſcheidung giebt er deutlich genug zu erkennen: der Teſtamentserbe konnte ja als Extraneus giltig eingeſetzt werden; warum ſollte denn dieſe Einſetzung deshalb ihre Wirkſamkeit verlieren, weil derſelbe Adoptiv-Sohn des Teſtirers wird! Daß dies

8) Dirkſen Beiträge zur Kunde des röm. Rechts S. 46 fg.

anerkanntes Recht ſey, behauptet er übrigens nicht, ſondern er ſagt nur, daß es ſich rechtlich vertheidigen laſſe („*potest* dici, satis ei factum“ u. ſ. w.). Indeſſen die Zeit war eingetreten, wo man ſich gern und leicht der Feſſeln entledigte, welche die Formen und Vorſchriften des Civilrechts einer freien Entwickelung und Anwendung der Rechts-Ideen anlegten. Es bedurfte nur einer Anregung von auſſen, um das Recht in dem neueren Sinne fortzubilden; fehlte es an dieſer, ſo mußte freilich Manches, was dazu nicht recht paſſen wollte, noch für anwendbares Recht gelten, und ſo erklären ſich denn einzelne Inconſequenzen, die ſich wenigſtens in der Theorie auch des klaſſiſch-römiſchen Rechts finden. — Scävola's Lehre, als die zeitgemäßere, mußte alſo die von Gajus vorgetragene bald verdrängen, und Papinian ſpricht ſchon das Princip, welches hier zur Anwendung kam, viel beſtimmter und zugleich allgemeiner aus, wenn er ſagt: es genügt, daß der, welcher das nächſte Recht zur Erbfolge hat, ſich eingeſetzt findet.

Aber man blieb hierbei nicht ſtehen; auch die Enterbung eines Deſcendenten ſoll bei Kräften bleiben, wenn derſelbe ſpäter der Gewalt des Teſtires unterworfen wird, oder in dieſelbe zurückkehrt. Tryphonin, da wo er ſagt: es werde auch das Teſtament eines filiusfamilias miles rumpirt, wenn ſeine Kinder nachmals in ſeine Gewalt kommen[9]), bemerkt hierbei: „Sed si heres sit institutus vel exheredatus iste ejus filius non rumpetur, *quia nullo circa eum novo facto*, *sed ordine quodam* naturali nactus est potestatem.“ Imgleichen erklärt Papinian die Enterbung eines emancipirten Sohnes,

9) L. 28. §. 1. D. *h. t.* (S. oben S. 162.)

welcher nach dem Teſtamente von ſeinem Vater wieder adrogirt wurde, für giltig: „Filio, quem pater post emancipationem a se factam iterum arrogavit, exheredationem antea scriptam nocere dixi. Nam in omni fere jure sic observari convenit, *ut veri patris adoptivus filius nunquam intelligitur*, *ne imagine naturae veritas adumbretur*, *videlicet quod non translatus*, *sed redditus videretur*. Nec multum puto referre, quod ad propositum attinet, quod loco nepotis filium exheredatum pater arrogaverit.“ [10]). — Alſo ſelbſt, wenn der Sohn durch die Adrogation nicht einmal in ſein altes Verhältniß zurücktritt, ſondern die Rechte eines Enkels erhält, ſoll die Enterbung noch fortwirken. Hiezu ſcheint nun freilich der Grund: durch eine ſolche Adoption werde kein neues Recht begründet, ſondern nur das alte Verhältniß wieder hergeſtellt, eben ſo wenig zu paſſen, als es für conſequent gehalten werden kann, wenn man der Adoption eines emancipirten oder in Adoption gegebenen Sohnes nicht einmal die Wirkung beilegte, daß die in der Gewalt des Großvaters zurück gebliebenen Enkel nach dem Tode deſſelben unter die Gewalt ihres natürlichen Vaters fielen [11]). War man indeſſen einmal ſo weit gegangen, ſo mußte man auch die Enterbung eines in fremder Gewalt befindlichen Sohnes für giltig und wirkſam erklären, falls nämlich ſpäterhin der Sohn wieder Notherbe des Teſtirers wurde. Lebte der Sohn in feindlicher Gefangenſchaft, ſo verſtand ſich dies gewißer

10) L. 23. pr. D. *h. t.* — Auf ähnliche Art äußert ſich Ulpian mit Berufung auf Papinian L. 8. §. 7. D. *de bon. poss. contra tab.* (XXXVII. 4.)

11) L. 41. D. *de adopt.* (I. 7.)

maßen von ſelbſt, da dem Poſtliminium die Fiction zum Grunde lag, daß der Rechtszuſtand des Sohnes ſich nie geändert habe [12]. Aber es galt auch für den Fall, wenn der natürliche Vater den Sohn enterbte, während er ſich in der Gewalt eines Adoptivvaters befand, und dieſer denſelben vor dem Tode des erſteren wieder emancipirte. „Si filium in adoptiva familia constitutum pater naturalis exheredaverit, deinde sit filius emancipatus, nocebit ei exheredatio“ [13]. Daß er hier als prätoriſcher Notherbe erſcheint, iſt gleichgiltig, da er auch als ſolcher auf gleiche Berückſichtigung im väterlichen Teſtamente einen Anſpruch zu machen hatte, wie der Civilerbe [14]. — Dagegen die Enterbung eines Extraneus (d. h. hier: eines ſolchen, welcher auch nicht einmal noch prätoriſche Notherbenrechte hat) iſt eine an ſich bedeutungsloſe Handlung [15]; darum kann ſie denn auch dadurch nicht wirkſam werden, daß der Enterbte ſpäter erſt Kindesrechte gegen den Teſtirer erwirbt. „Sed in extraneo (ſagt Ulpian) Marcelli sententiam probat (sc. Papinianus), ut exheredatio ei arrogato postea non noceat“ [16]. Und dies Recht durfte auch

12) L. 8. §. 9. *de bon. poss. contra tab.* (XXXVII. 4.) — Daß die L. 31. D. *h. t.* von dem Falle zu verſtehen iſt, wenn der Sohn nicht wieder aus der feindlichen Gefangenſchaft zurückkommt, bedarf kaum einer Bemerkung.

13) L. 8. §. 10. D. *de bon. poss. contra tab.*

14) Foerster de bon. poss. liber. praeter. p. 299. §. 73.

15) L. 132. pr. in f. D. *de V. O.* (XLV. 1.)

16) L. 8. §. 8. *de bon. poss. contra tab.* — Daraus geht hervor, daß die Enterbung unehelicher Kinder, welche nach errichtetem Teſtamente legitimirt werden, nicht wirkend iſt. Franke Notherbenrecht S. 44.

nicht abgeändert werden, ohne gegen das natürliche Rechtsgefühl eben ſo ſehr, wie gegen die Conſequenz zu verſtoßen. Denn, wenn Jemand glaubt einen Menſchen enterben zu müſſen, welchen er als Kind annimmt, ſo wird jeder erwarten, daß er dies zu einer Zeit erkläre, wo er es nöthig hatte, denſelben im Teſtamente zu berückſichtigen. — Ueberhaupt aber war jetzt das Recht, Poſtumen mit Notherbenrecht einzuſetzen oder zu enterben, im Ganzen vollſtändig und ſo beſtimmt, wie die Rückſicht auf Sicherheit des Rechts einer Seits und auf die Willens- und Dispoſitionsfreiheit der Teſtirenden anderer Seits es erforderte. Wenig blieb hier zu ergänzen übrig, wie dies aus der jetzt folgenden überſichtlichen Darſtellung dieſes Rechts ſich ergeben wird, wobei jedoch der Vollſtändigkeit halber nicht blos die Reſultate der bisherigen Unterſuchungen berückſichtigt werden dürfen.

1) Schon nach dem Stand der Quellen zur Zeit der juriſtiſchen Klaſſiker war die Einſetzung und meiſtens auch die Enterbung aller und jeder postumi sui möglich, mochten dieſelben von dem Teſtirer aus rechter Ehe abſtammen, oder nur auf künſtliche Art (in manum conventio, Adoption, causae probatio und ſpäter Legitimation) sui heredes werden, mochten ſie zur Zeit der Teſtamentserrichtung bereits am Leben ſeyn, und durch Nachrücken (successio in alius locum) Suitätsrecht erhalten, oder erſt nachher geboren werden. Es war im letzteren Falle nicht einmal nöthig, daß ſie zur Zeit der Teſtamentserrichtung ſchon concipirt ſeyen[17], auch von einem noch Unverheiratheten, ja ſogar von

17) Nur wenn der Erblaſſer ſtirbt, muß der Poſtumus concipirt ſeyn. L. 6. L. 7. D. *de suis et legit.* L. 3. D. *de bon. poss. sec. tab.* (XXXVII. 11.)

einem, der bereits verheirathet war, konnten die Poſtumen aus einer künftig erſt zu vollziehenden Ehe eingeſetzt werden [18]. Und daß ein Verheiratheter auf dieſe Weiſe teſtirte, konnte auch nicht etwa für unſchicklich gehalten werden; denn es war ja dadurch noch keineswegs die Abſicht ausgeſprochen, die beſtehende Ehe aufzulöſen und eine andere einzugehen, es wurde vielmehr ſo angeſehen, daß der Teſtirer nur die Ruption eines Teſtaments durch Berückſichtigung aller möglichen Fälle des Agnascirens zu verhüten geſucht habe. Nur muß dabei an Abſtammung aus rechter Ehe gedacht werden, und wenn Paulus ſagt: „Postumum ex qualibet vidua natum sibi filium heredem instituere potest [19]), ſo iſt damit eine unverheirathete Frauensperſon, gleichviel ob Wittwe oder Jungfrau [20]), gemeint, mit welcher der Teſtirer eine Ehe einzugehen beabſichtigt. Es folgt daraus aber auch von ſelbſt, daß die Einſetzung eines Poſtumus von einer Frau, mit welcher man nicht verheirathet ſeyn darf, ungiltig iſt, d. h., ſchon von vorne herein als nichtig in ſich zerfällt [21]), auſſer in ſo ferne künftig einmal eine Heirath möglich würde; darum darf man denn einen Poſtumus aus ſeiner Adoptiv-Schweſter giltig einſetzen, weil man dieſe heirathen darf, wenn das Agnationsverhältniß mit ihr durch Emancipation aufgelöſ't iſt. Nur die Einſetzung eines Poſtumus von einer Frau, welche an einen andern Mann verhei-

18) L. 4. L. 5. D. *h. t.*

19) L. 27. D. *h. t.*

20) L. 242. D. *de Verb. sign.*

21) L. 9. §. 1. und §. 3. D. *h. t.* (Die nähere Erklärung dieſer und verwandter Stellen kann erſt unten beim §. 1442. erfolgen.)

rathet iſt, darf nicht geſchehen[22]), weil hierin immer etwas Unſchickliches liegt, obgleich eine Heirath mit ihr ſehr wohl möglich werden kann.

2) Es kann nicht blos die Einſetzung eines (verus oder quasi-) postumus auf den Fall ſeiner Suität erfolgen, ſondern jede an ſich giltige Erbeinſetzung iſt wirkſam, wenn nur der Eingeſetzte beim Anfall der Erbſchaft als Notherbe befunden wird. Dies gilt ſowohl für den Fall, wenn ein als suus eingeſetzter Poſtumus auch nur prätoriſcher Notherbe iſt [23]), als auch, wenn der als Extraneus eingeſetzte Erbe ſpäter suus heres wird [24]).

3) Schon nach dem Pandekten-Rechte kann jede durch agnatio postumi mögliche Ruption des Teſtaments ausgeſchloſſen werden, wenn man ſich dazu einer Einſetzungs- oder Enterbungs-Formel bedient, welche hinreichend beſtimmt iſt, und über die Abſicht des Teſtirers keinen Zweifel übrig läßt. Veranlaßt war dies wohl ſchon durch die Lex Velleja, welche ja keineswegs eine Enterbungsform vorſchrieb, ſondern nur die Einſetzung von Poſtumen möglich machte, die früher nicht eingeſetzt werden konnten. (S. oben S. 202. N. 44.) Die Form der Einſetzung war daher einem Jeden überlaſſen, wenn nur der Fall ſelbſt, worauf ſie ſich bezog, geſtattet war. Schon Pomponius ſagt: „Commodissime is, qui nondum natus est, ita heres instituitur: „„sive vivo me, sive mortuo natus fuerit heres esto““, *aut etiam pure*, neutrius temporis habita mentione“ [25]).

22) L. 9. §. 4. D. *h. t.*

23) L. 29. §. ult. D. *h. t.*

24) L. 23. §. 1. D. *h. t.* L. 18. D. *de inj. rupto irr. facto test.*

25) L. 10. D. *h. t.* — So erklärt Africanus (L. 47. §. 1.

Und daß Scävola in dieſer Beziehung auch nichts neues einführen wollte, ergiebt ſich deutlich genug aus der Art, wie er ſich über die General-Formel äuſſert, indem er meint, es laſſe ſich die Einſetzung der nach dem Tode gebornen Deſcendenten auch wohl ſo auslegen, als wenn der Teſtirer ſich einer allgemeineren Formel bedient hätte [26]). Imgleichen findet Ulpian kein Bedenken, folgende Enterbung: *postumus exheres esto*, als giltig zu erklären, und zwar für alle Fälle, der Poſtumus möge ſchon beim Leben des Teſtirers geboren ſeyn, oder erſt nach deſſen Tode erſcheinen [27]). Ueberhaupt ſcheint man darüber kaum geſtritten zu haben; die Streitfragen beziehen ſich — wenigſtens nach den auf uns gekommenen Quellen — nur auf die Fragen: ob man die vorhandenen Rechtsnormen über Einſetzung der Poſtumen durch analogiſche Schlüſſe ausdehnen, und wie weit man hierin gehen dürfe; ſodann: ob man von einem in der Einſetzungsformel ausgedrückten Falle auf einen nicht ausgedrückten ſchließen könne? — wie denn bekanntlich ein ganz ähnlicher Streit über die Auslegung einer nur auf einen Fall geſtellten Subſtitution ſtatt fand [28]). Scävola war allenthalben für eine ausdehnende Erklärung, wie wir geſehen haben, wenn er gleich meiſtens mit Vorſicht und genauer Erwägung der Zweifelsgründe verfährt, auch die entferntere Analogie verwirft, wo ſich eine nä-

D. *de heredib. inst.*) auch die Einſetzungsformel für giltig: „Si quid mihi liberorum me vivo mortuove nascetur.“

26) L. 29. §. 6. in f. D. *h. t.* (S. oben S. 253.

27) L. 3. §. 5. D. *de inj. rupto irr. f. test.*

28) *Cicero* de orat. I. 39. II. 33. — L. 4. pr. u. f. 1. D. *de vulg. et pup. subst.* (XXVIII. 6.) L. 4. C. *de impub. et al. substit.* (VI. 26.)

here ſindet. Andere Juriſten dagegen, auch wenn ſie für eine Ausdehnung der Fälle ſelbſt ſind, wollten doch von einer ausdehnenden Erklärung der im Teſtamente gebrauchten Einſetzungsworte nichts wiſſen. Daß auch Julian zu dieſen gehört, wird gewöhnlich behauptet, wegen folgender Stelle aus dem neun und zwanzigſten Buche ſeiner Digeſten [29]: „Si pater filium impuberem heredem scripserit, et ei substituerit, „„si quis sibi *post mortem* natus fuerit““, deinde vivo fratre postumus natus erit, testamentum vivo [30] rumpetur; post mortem autem fratris vivo patre natus solus heres patri suo existet.“ Die Ausleger halten den Text gewöhnlich für ſehr corrumpirt. Manche wollen vivo *patre* leſen (ſtatt fratre) [31]; das folgende *vivo* (bei testamentum) erklären die Meiſten für überflüſſig und ſinnwidrig. Die erſte Emendation muß aber jedenfalls verworfen werden, weil ſich aus dem Schlußſatz ergiebt, daß Julianus ſich hier folgende Alternative dachte: der Poſtumus iſt entweder beim Leben ſeines Bruders, oder erſt nach deſſen Tode erſchienen. — Genau genommen gehört aber dieſe Stelle auch überall nicht

29) L. 26. D. *de vulg. et pup. subst.*

30) Das *vivo* fehlt in den mehrſten Ausgaben und Handſchriften S. ed. *Geb. Sp.* ad h. l. not. 95.

31) Unter dieſen ſind auch Goveanus in der rep. prael. ad L. 29. *de vulg. et pup. subst.* opp. p. 141., ſo wie Cujacius (opp. poster. ed. Par. T. IV. P. I. p. 971. und opp. poster. P. III. — u. in Lib. XXX. Digest. Salviani — p. 209.) — *Ant.* Faber conj. Lib. IX. c. 5. in f. will den Ausdruck *vivo patre* ganz getilgt wiſſen. Anderer Meinung iſt er indeſſen wieder in den Errores Pragmatic. Dec. XXXIII. Err. 1.

hieher. Sie enthält nur eine Anwendung des Grundſatzes: wenn dem eingeſetzten Erben Jemand ſubſtituirt iſt, und es erſcheint ein gar nicht oder nicht gehörig berückſichtigter Poſtumus als Notherbe zu einer Zeit, wo der Erbe möglicherweiſe noch ſuccediren konnte, ſo iſt das Teſtament in jedem Falle rumpirt; erſcheint er aber erſt, nachdem der institutus heres ſchon weggefallen war, ſo gilt nun der Subſtitut für inſtituirt, und es kommt mithin nur darauf an, ob der Poſtumus gehörig berückſichtigt, d. h. eingeſetzt oder enterbt iſt [32]. Iſt er nun ſelber ſubſtituirt, ſo erſcheint er in dem zweiten Falle ebenfalls als inſtituirter Erbe, das Teſtament gilt alſo; wogegen in dem erſten Falle die Subſtitution als gar nicht vorhanden, der postumus vielmehr als präterirt anzuſehen iſt, mithin aus dem Teſtamente nicht geerbt werden kann, wenn auch der ihm vorgezogene Bruder beim Tode des Teſtirers wieder weggefallen war. Gleichgiltig iſt es denn in beiden Fällen, ob der Teſtirer ſelber bei der Geburt des Poſtumus noch lebte, oder nicht. Will man nun ja dieſe Stelle auf die Frage anwenden, mit der wir es eigentlich zu thun haben, ſo würde Julian vielmehr zu denen gehören, welche auf den buchſtäblichen Ausdruck der Einſetzung kein Gewicht legten. Denn die Einſetzung, von der er ſpricht, iſt giltig, wenn gleich der Poſtumus ſchon beim Leben des Teſtirers, jedoch nach dem Tode ſeines Bruders erſcheint; ſie iſt im entgegengeſetzten Falle allemal ungiltig. — Entſchieden

32) L. 5. in f. D. *de inj. rupto irr. f. test.* — S. Goveanus l. l. (opp. p. 141 sq.), Cujacius in comment. ad tit. *de vulg. et pup. subst.* (opp. post. ed. Par. T. IV. p. 971. — In ſeinem Commentar ad Libr. Digestor. Juliani — ſ. Note 31. — interpretirt er anders).

dagegen iſt Pomponius der Meinung, daß die Einſetzung wirkungslos ſey, wenn nicht der ſpeciell ausgedrückte Fall, ſondern ein anderer eintrete. „Si alteruter casus (fährt er in der oben angeführten Stelle fort) omissus fuerit, eo casu, qui omissus est, natus rumpit testamentum, quia ne sub conditione quidem scriptus heres intelligitur, qui in hunc casum nascitur, qui non est testamento comprehensus“ [33]). Und ähnlich äuſſert ſich Paulus: „Talis est postumorum institutio: „„si qui post mortem meam postumi nati fuerint, heredes sunto.““ *Si vivo eo nascantur, rumpunt testamentum*“ [34]). Dieſe Streitfrage entſchied nun Juſtinian in einer Conſtitution aus dem Jahre 530, welche eine der quinquaginta decisiones iſt, und ſich im Codex constitutionum als L. 4. C. *h. t.* (VI. 29.) findet [35]). Im Eingange führt er das Beiſpiel eines Teſtaments an, in welchem ein Poſtumus eingeſetzt war, welcher nach des Teſtirers Tode geboren werden würde, und fährt nun alſo fort: „Jurgium antiquis interpretatoribus legum exortum est, an videantur non contineri testamento, et hoc ruptum facere [36]). No-

33) Die Interpreten erörtern bei Gelegenheit dieſer Stelle meiſtens die Rechtsfrage: „num in ultimis voluntatibus extensio de casu ad casum admittatur“? S. *Ant.* Merenda controv. jur. civil. Lib. IV. cap. IV.; wo die verſchiedenen Meinungen vollſtändig aufgezählt werden.

34) *Paulus* recept. sent. Lib. II. Tit. IV. B. §. 9.

35) Cujacius ad L. 10. D. *h. t.* (opp. prior. T. I. p. 1086.) *Edm.* Merillius exposition. in quinq. decis. Justiniani (Lut. Par. 1618.) p. 398 sqq.

36) Mit Recht bemerkt Merillius, daß der Kaiſer den Streitpunkt unvollſtändig bezeichne; er will ſagen: es wurde dar-

bis itaque eorum sententiam decidentibus, quum frequentissimas leges posuimus testatorum voluntates adjuvantes, ex neutra hujusmodi verborum compositione ruptum fieri testamentum videtur, sed sive vivo testatore, sive post mortem ejus intra decem menses a morte testatoris numerandos filius vel filia fuerint progeniti, maneat testatoris voluntas immutilata, ne poenam patiatur praeteritionis, qui suos filios non praeteriit.“ — Ungeachtet nun hier die geſetzliche Beſtimmung nur auf einen beſonderen Fall geſtellt ſcheint, auch der Kaiſer den Streitpunkt keinesweges deutlich hervorhebt (ſ. Note 36), ſo iſt doch klar ausgeſprochen, daß es auf den Ausdruck der Einſetzung überall nicht ankommen ſolle, ſondern wenn nur der Teſtirer einen nachgebornen (oder nachrückenden) Notherben nicht ganz präterirt hat, die Einſetzung auf alle mögliche Fälle des Agnascirens bezogen werden ſolle. — Auf Enterbungen darf man dieſe Vorſchrift aber nicht beziehen, nach dem auch im neueren Rechte geltenden Grundſatze: exheredationes non esse adjuvandas[37]). So wie man indeſſen auch durch eine allgemeine Enterbungsformel alle Fälle umfaſſen konnte[38]), ſo war die Enterbung wirkſam, wenn man ſich etwa ſo ausgedrückt hatte: „wer mir noch geboren wird, Sohn oder Tochter, ſoll enterbt ſeyn“, und nun dem Erblaſſer Sohn und Tochter geboren wurden; denn die Abſicht des Teſtirers iſt hier, ungeachtet der ſcheinbar disjunctiven

über geſtritten, ob auch von einem ausgedrückten auf einen nicht ausgedrückten Fall nach der vermuthlichen Willensmeinung des Teſtators geſchloſſen werden dürfe?

37) L. 19. D. *h. t.*

38) L. 3. §. 5. D. *de inj. rupto irr. f. test.*

Form, deutlich genug ausgeſprochen. Dies beſtätigt eine Stelle von Paulus [39]), welcher doch ſelbſt bei der Einſetzung eines Poſtumus für die ſtrenge Interpretation war: „Si ita facta sit exheredatio: *si filius filia natus natave sit, exheres esto, utrisque natis non rumpitur testamentum* [40]). Ein anderes wäre es, wenn der Ausdruck ſelbſt auf eine Beſchränkung hinweiſ't, d. h. nach grammatiſchen Regeln auf einen anderen, als den namentlich beſtimmten Fall nicht wohl bezogen werden kann. Daher erklärt denn Ulpian die Einſetzung: „si mihi filius *unus* nascetur, exheres esto" mit Grund für unwirkſam, falls eine Tochter, oder mehrere Kinder geboren werden [41]).

Ungeachtet nun die Rechtsnormen über Einſetzung der Poſtumen und deren allmählige Erweiterung durch Interpretation einem Teſtirer es möglich zu machen ſcheint, alle ſeine wirklichen oder Quaſi-Poſtumen — im Teſtamente zu berückſichtigen, ſo gab es doch einige Fälle, für

39) L. 14. D. *de inj. rupto irr. f. test.*

40) Bei Haloander *Venet.* Tortis 1502. und einigen andern fehlt das *Non* vor rumpitur. Doch iſt kein Grund vorhanden, von der Flor. (mit welcher auch *Venet.* Rubeor. 1477. u. a. alte Editionen übereinſtimmen) abzuweichen. S. *Ant.* Augustini emendation. et opinion. Lib. IV. c. XVII. (opp. T. II. p. 91.) *Siegm. Reich.* Jauchius de negationib. Pand. Flor. *etc.* p. 97. — Auch die Baſiliken (Lib. XXXIX. Tit. II. Tom. V. p. 275.) beſtätigen die gewöhnliche Lesart, und in dem dazu gehörigen Schol. h. (p. 281.) wird ſogar auf den Gegenſatz ausdrücklich aufmerkſam gemacht, worin dieſe Stelle mit der gleich folgenden von Ulpian (L. 1. §. 3. D. *de ventre in poss. mitt.*) ſteht.

41) L. 1. §. 3. D. *de ventre in poss. mitt.* (XXXVII. 9.)

welche dieſe Möglichkeit immer noch fehlte, oder doch zweifelhaft blieb.

a) Wir haben oben geſehen, daß die Einſetzung eines Poſtumus mit der Aquiliſchen oder einer im Effect ihr gleichkommenden Formel unwirkſam iſt, wenn der zunächſt ſtehende Notherbe nicht ebenfalls eingeſetzt, ſondern enterbt wird, indem dieſe Enterbung in Folge der Regel: nemo post mortem suam exheredari potest, nicht zu Recht beſteht (S. oben S. 198). Dürfte man hier einer bloßen Conſequenz folgen, ſo müßte man dies auch auf die Einſetzung der Poſtumen nach dem Velleiſchen Geſetze anwenden [42]. Denn da Enterbung an ſich das Suitätsverhältniß nicht aufhebt, mithin der Poſtumus, ſo lange der ihm vorgehende Suus exiſtirt, nur als alienus postumus in Betracht kommen kann, ſo darf jede auf den Fall der Suität deſſelben geſtellte Einſetzung ſtreng genommen nur dahin interpretirt werden: mein Sohn ſoll enterbt ſeyn, und falls er aufhört suus zu ſeyn, der Enkel von ihm eingeſetzt; immer alſo ſcheint der erſtere für den Fall, daß er Suus bleibt, nicht enterbt ſeyn zu ſollen, mithin fehlt es der Enterbung an der nöthigen Beſtimmtheit, was bekanntlich einer Präterition gleichſteht. Indeſſen ſcheint man dies doch nicht angenommen zu haben [43]; wenn man alſo auf der einen Seite den Satz: nemo post mortem suam exheredatur, ſtreng zur Anwendung brachte, ſo war man doch auf der andern Seite auch gegen die Ausdehnung auf ſolche Fälle, worauf das zu Grunde liegende Princip paßte.

42) Dies behauptet auch *A.* Faber conj. Lib. IX. c. X. p. 257.

43) L. 29. §. 15. in f. D. *h. t.*

Seitdem übrigens der Prätor auch einem alienus postumus eine secundum tabulas bonorum possessio gab [44]), und die generellen Einſetzungsformeln in Gebrauch kamen, konnte ohne Zweifel alle und jede Anwendung jenes Satzes ausgeſchloſſen werden, wenn die Einſetzungsformel ſo allgemein gefaßt wurde, daß ſie auch den Fall mit umfaßte, wo der Poſtumus nur als alienus postumus erbte. Nun war hier nichts mehr unbeſtimmt; der suus heres war für alle und jede Fälle, wo er ſonſt ein Erbrecht gehabt hätte, ausgeſchloſſen, und der Poſtumus fand ſich eingeſetzt, er mochte nun beim Anfall der Erbſchaft Notherbenrechte haben, oder nicht. Daß Scävola hierüber nichts ſagt, hat, wie bereits bei anderer Gelegenheit bemerkt wurde, darin ſeinen Grund, daß er bei ſeiner Erklärung der Aquiliſchen Formel und des Vellejiſchen Geſetzes überhaupt nicht von dem Einfluß des prätoriſchen Edicts auf das Einſetzungs- und Enterbungs-Recht ſpricht, ſondern nur die Bedeutung entwickelt, welche jenen Normen im Civilrecht zukommt [45]).

b) Schwieriger noch ſcheint die Beantwortung der Frage (wenigſtens nach vorjuſtinianiſchem Rechte): ob die Emancipation eines Sohnes allemal die Wirkſamkeit der Einſetzung eines an ſeine Stelle als suus heres einrückenden postumus hinderte? Daß dies nach ſtrengen Begriffen des Civilrechts der Fall ſeyn mußte, wurde oben (S. 272—280.) dargethan. Auf das teſtamentariſche Erbrecht des emancipirten Sohns ſelbſt hatte

44) Pr. Inst. *de bon. poss.* L. 3. D. *de bon. poss. sec. tab.* (XXXVII. 11.)

45) S. oben S. 191. und daſelbſt Note 17; auch S. 228.

dies praktiſch keinen beſonderen Einfluß, da er nach anerkannten Grundſätzen des prätoriſchen Rechts eine secundum tabulas bonorum possessio erhielt (ſiehe ebendaſelbſt). Und wäre dies nicht der Fall geweſen, ſo würde man allenfalls auch hierauf den durch Interpretation aufgekommenen Rechtsſatz angewandt haben: daß es genüge, wenn ein Notherbe ſich zur Zeit des angefallenen Erbrechts eingeſetzt finde [46]), was aber jetzt nicht geſchahe, da ohnehin für die Aufrechterhaltung der Diſpoſition geſorgt war. Auf den Poſtumus konnte indeſſen dieſer Rechtsſatz hier nicht bezogen werden, indem zu ſeiner Anwendung doch immer vorausgeſetzt werden mußte, daß das Teſtament nicht durch einen Andern rumpirt ſey, und darum half es in dieſem Falle auch nichts, daß etwa die Einſetzung des Poſtumus in genereller Form erfolgt war. Eher konnte er ebenfalls eine secundum tabulas bonorum possessio erhalten, obwohl genau genommen die Bedingungen derſelben hier nicht vorhanden waren, wenn auch — wie überhaupt bei dieſer Frage vorausgeſetzt werden muß — der emancipirte Sohn beim Anfall der Erbſchaft den nachgebornen oder nachrückenden Kindern nicht mehr im Wege ſtand. Denn, läßt ſich gleich das durch die Emancipationshandlung bewirkte Zurückfallen des Sohnes in die väterliche Gewalt juriſtiſch als agnatio postumi betrachten, ſo hört derſelbe doch auch nach vollendeter Emancipation nicht auf, Notherbe zu ſeyn. Dagegen ließe ſich denn allenfalls wieder ſagen, daß ja auch in dem Falle, wofür die bonorum possessio secundum tabulas aus einem agnatione postumi rumpirten Teſtamente zunächſt ausgeſprochen iſt, nach dem Wegfallen des Poſtumus

46) L. 23. §. 1. D. *de liber. et post.*

dem eingeſetzten Erben die Erbſchaft immer noch durch ein neues Teſtament entzogen werden kann, folglich bis zur deferirten Erbſchaft ſein Recht, zu erben ja ebenfalls noch ungewiß bleibt. Mochte daher auch vielleicht dem eingeſetzten Erben die bonorum possessio gegeben werden, ſoferne ihm beim Tode des Teſtirers ſein Vater nicht weiter im Wege ſtand: nach Civilrecht war das Teſtament rumpirt, hiernach alſo die oben von uns aufgeworfene Frage zu verneinen. Seitdem übrigens Emancipationen auch ohne den alten alterthümlichen Ritus erfolgten, und vollends als Juſtinian denſelben ganz aufgehoben hatte [47]), fiel dieſer Ruptions-Grund von ſelbſt weg.

c) Zur Aufhebung oder Milderung des Satzes, daß die Enterbung eines Extraneus unwirkſam ſey, auch wenn derſelbe ſpäter der Gewalt des Teſtirers unterworfen werde, war kein Grund vorhanden (ſ. oben S. 283). Wirkte aber die Einſetzung eines Solchen auch alsdann noch fort, wenn das Gewaltverhältniß ſpäter durch Emancipation aufgelöst war? Nach den Grundſätzen des Civilrechts muß auch dieſe Frage verneint werden; denn die Regel, welche Scävola und Papinian auf Julians Auslegung des Vellejiſchen Geſetzes gründeten [48]), daß es genüge, wenn ſich der Erbe beim Anfall der Erbſchaft eingeſetzt finde, darf doch immer nur von dem Falle verſtanden werden, wenn derſelbe alsdann Notherbenrecht hat, da jener Satz eigentlich nur ſagen will: es ſchadet der Giltigkeit des Teſtaments nicht, daß der Notherbe nach den Regeln des Civilrechts für präterirt gehalten werden

47) L. ult. Cod. *de emancip.* (VIII. 49.) — §. 6. I. *quib. mod. jus pot. solv.*

48) L. 29. ult. D. *h. t.*

müßte, wenn er ſich nur berückſichtiget findet. Der Adoptivſohn hat aber nach erfolgter Emancipation gar kein geſetzliches Erbrecht gegen den Adoptivvater mehr, am wenigſten Notherbenrecht [49]). Indeſſen darf die Giltigkeit der Einſetzung nach prätoriſchem Rechte nicht füglich bezweifelt werden, d. h., die secundum tabulas bonorum possessio konnte er in Anſpruch nehmen, theils weil dieſe durch keine Emancipation gehindert wird, theils weil darauf ja jeder eingeſetzte Extraneus, auch ſelbſt ein postumus alienus, ein Recht hat.

Uebrigens hat auf dies Reſultat Juſtinians Conſtitution de incertis personis [50]), wie man dieſelbe auch verſtehen mag, keinen Einfluß; denn daß man alle und jede postumos suos einſetzen dürfe, auf welche Art und Weiſe die Agnation derſelben erfolgen möge, ſtand ja längſt ſchon durch Interpretation feſt.

Es wird nunmehr ein raſcheres Fortſchreiten möglich ſeyn, da die folgenden Lehren dieſes Titels ſich zum großen Theile wieder auf frühere Erörterungen ſtützen können [51]).

49) L. 13. L. 14. D. *de adopt.* (I. 7.) L. 1. §. 6. *de bon. poss. contra tab.* (XXXVII. 4.)

50) Es iſt dies bekanntlich die von Contius aus andern Quellen wiederhergeſtellte L. un. C. *de incertis personis.* (E. Witte die leges restitutae des Juſtinianiſchen Codex. Breslau 1830. S. 200 fg.) Auch von dieſer Conſtitution und den Streitigkeiten über ihren Inhalt kann erſt unten beim §. 1442. die Rede ſeyn.

51) Sie finden ſich Bd. VII. des Commentars §. 551—561.

Zuvörderſt iſt hier der öfter in dieſem Commentar ſchon berührte Unterſchied zwiſchen dem formellen Notherbenrecht und dem Pflichttheilsrecht[52]) wieder in Erinnerung zu bringen. Das Pflichttheilsrecht wird verletzt durch grundloſe, alſo unbillige Uebergehung oder Ausſchließung des Notherben, das erſtere Recht hingegen dadurch, daß der Notherbe nicht in gehöriger Form eingeſetzt oder enterbt iſt. Auf das förmliche Notherbenrecht hatten nach dem Civilrecht nur sui heredes, und zwar unbedingt nur Söhne einen Anſpruch. Dieſe mußten ausdrücklich und beſtimmt eingeſetzt oder enterbt werden[53]): „Qui filium in potestate habet, curare debet, ut eum vel heredem instituat, vel nominatim exheredet“[54]). Namentlich (nominatim) bedeutet hier nicht, daß er bei ſeinem Namen genannt ſeyn müſſe, ſondern nur: er ſoll ſo individuell bezeichnet ſeyn, daß man ihn von Anderen beſtimmt unterſcheiden kann. Hatte alſo der Teſtirer nur einen Sohn, ſo genügte es wenn er ſagte: filium heredem instituo, oder: filius exheres esto[55]). Ja ſelbſt das war nicht einmal nöthig,

52) S. z. B. Bd. XXXV. S. 83 fgg. S. 476.

53) Nach einem Edict K. Auguſts durften Soldaten von ihren Vätern gar nicht einmal enterbt werden. Doch iſt dies Recht wieder aufgehoben: L. 26. D. *h. t.* „Filius familias si militet ut paganus nominatim a patre aut heres scribi, aut exheredari debet, *jam sublato edicto D. Augusti, quo cautum fuerat, ne pater filium militem exheredaret.*

54) *Gaji* Inst. II. §. 123. (Pr. Inst. *de exhered. liberor.*) *Ulpiani* Fragm. XXII. §. 16. — L. 30. D. *h. t.*

55) *Gaji* Inst. II. §. 127. (§. 1. Inst. *de exhered. liberor.* L. 1. L. 2. L. 17. D. *h. t.*

daß der Notherbe ausdrücklich Sohn genannt werde, wenn er nur durch eine deutliche Bezeichnung hinreichend kenntlich war: „Et si pepercerit filium dicere“ (ſagt *Ulpianus* Lib. I. ad Sabin.) „ex Seja autem natum dixit, recte exheredat“.[56]). Und hierin gieng gewiſſermaßen das Enterbungsrecht weiter, als das Einſetzungsrecht. — Daß man ſeinen Erben blos durch beſchimpfende Merkmale kenntlich mache, gieng bekanntlich nicht an: „Si quis nomen heredis quidem non dixerit, sed indubitabili signo eum demonstraverit, quod paene nihil a nomine distat, non tamen eo, quod contumeliae causa solet addi, valet institutio“[57]). Doch ſchadete ein ſchimpflicher Zuſatz der Erbeinſetzung nicht, nur mußte der Erbe benannt, oder ſonſt hinreichend deutlich bezeichnet ſeyn; denn blos das, was zur Beſchimpfung gereichte, galt pro non scripto, mithin blieb hier das übrige als fehlerfreie Erbeinſetzung ſtehen; „Illa institutio valet: *filius meus impiissimus male de me meritus heres esto*; pure enim heres instituitur cum maledicto, et omnes hujusmodi institutiones receptae sunt“[58]). Dieſe Einſetzung war alſo

56) L. 3. pr. D. *h. t.*

57) L. 9. §. 8. D. *de heredib. instit.* (XXVIII. 5.)

58) L. 48. §. 1. D. *de hered. inst.* — Einen Unterſchied zwiſchen Kindern und dritten Perſonen giebt es hier nicht, wie Einige wegen der L. 9. §. 8. D. *de her. inst.* gemeint haben. Die letztere Stelle ſagt: Niemand kann blos durch eine ſchimpfliche Bezeichnung eingeſetzt werden; die L. 48. §. 1. *eod.* aber: es ſchadet dem Teſtamente nicht, wenn neben der ſonſt hinreichend beſtimmt ausgedrückten Einſetzung auch noch eine Schmähung des Erben vorkommt. Hierbei iſt freilich nur der Sohn genannt; allein in unſeren Rechts-

giltig, weil ſie doch die Worte enthielt: filius meus heres esto. Allein bei der Enterbung war auch dies nicht einmal erforderlich, ſobald ſich nur aus den Umſtänden ergab, daß der Sohn gemeint ſey. In der Stelle, worin Ulpian erklärt, es ſey gar nicht einmal erforderlich, den Ausgeſchloſſenen **Sohn** zu nennen [59]), fährt er fort: „et, si cum convicio dixerit: „„*non nominandus*““ vel „„*non filius meus, latro gladiator*““ magis est, ut recte exheredatus sit, et si ex adultero [60]) natum dixerit.“ Alſo durch die Aeuſſerung: der Nichtswürdige, den ich nicht näher bezeichnen will [61]), oder: nicht mein Sohn, nein,

quellen ſind ja die meiſten Regeln in der Form concreter Fälle ausgeſprochen, beſondere Gründe einer Beſchränkung auf den Sohn aber ſind hier nicht vorhanden. S. *Desid.* Heraldus observat. et emendation. cap. XXVIII. (in Ottonis thes. jur. Rom. T. II. p. 1346.). A. D. Weber zu Höpfners Commentar §. 488. not 4.

59) L. 3. pr. D. *h. t.* (S. den Text zur Note 56.)

60) Die Florentiniſche Lesart *adultero* vertheidigt mit Recht Cujacius (ad African. Tract. IV. ad L. 14. §. 2. D. *h. t.* opp. prior. ed. Par. T. I. p. 1344.) gegen Haloander u. A., welche adulterio leſen. Der Sinn iſt in beiden Fällen gleich, alſo eine Aenderung nicht nöthig.

61) Non nominandus hat bekanntlich die Bedeutung von: non laudandus; ſ. *Non.* Marcellus de proprietate sermonum cap. IV. §. 276. (in Gothofredi auctt. lat. ling. p. 674.). Allein es verneint ſehr ſtark die Würdigkeit des bezeichneten Individuums (*Jos.* Averanius interpretation. jur. Lib. V. C. XIII. Nr. 2, 3.), und gerade dies wird, wie ich glaube, im Deutſchen dadurch am beſten wieder gegeben, daß man ſich möglichſt genau an den lateiniſchen Ausdruck hält. — S. auch *Rad.* Fornerius rer. quotidianar. Lib. V. cap. 25. in f. (bei Otto T. II. p. 276.)

der Bandit ſoll enterbt ſeyn" iſt der Sohn gehörig enterbt, wenn ſich nur aus den Umſtänden oder aus ſonſtigen Aeuſſerungen des Teſtirers ergiebt, daß der Sohn gemeint ſey. — Mit den Schlußworten („et si ex adultero natum dixerit") ſteht auch nicht im Widerſpruch, wenn African in dem vierten Buche der Quäſtionen [62]) ſagt: „Si quis ita scripserit: *ille, quem scio ex me natum non esse, exheres esto*, hanc exheredationem ita nullius momenti esse ait, si probetur ex eo natus; non enim videri quasi filium exheredatum esse, quum elogium [63]) pater cum filium exheredaret proposuisset, et adjecisset propter eam causam exheredare [64]), *probeturque patrem circa causam exheredationis errasse.*" Auf die letzten Worte iſt hier alles Gewicht zu legen. Jede Dispoſition, zu welcher ein Teſtirer nur durch Irrthum veran-

62) L. 14. §. 2. D. *h. t.*

63) Elogium bedeutet hier, wie oft (ſ. Brissonius de V. S. und Forcellini totius Latinitatis Lexicon h. v.), den Enterbungsgrund. Auch iſt es keineswegs tautologiſch, wenn African hinzufügt: „et adjecisset propter eam causam exheredare", da er dies gerade hervorheben wollte, daß die angeführte Urſache auch wirklich das Motiv der Enterbung ſey.

64) Haloander lieſ't: quum filium exheredare proposuisset, adjecerit, propter quam eum causam exheredaret. Allein die Florentiniſche Lesart verdient ſchon aus dem in der vorausgehenden Note angeführten Grunde den Vorzug; auch iſt nach ihr die innere Conſtruction des ganzen Satzes viel beſſer und zuſammenhängender, als nach der Haloandriniſchen, nur muß man wie Contius u. A. interpungiren, nicht aber wie Gebauer, der durch ſeine überflüſſigen Commata ſcheinbar faſt allen Zuſammenhang aufhebt.

laßt wird, iſt nichtig [65]; von ſelbſt verſteht ſich daher, daß dieſe nämliche Wirkung auch eintritt, wenn das im Teſtament ausgedrückte Motiv, wodurch der Teſtirer zur Ausſchließung des Sohnes beſtimmt wurde, als unwahr erfunden wird [66]. Es iſt daher eine andere Frage, ob die Enterbung formell als giltig betrachtet werden kann, eine andere, ob nicht dennoch die teſtamentariſche Verfügung für nichtig zu halten iſt; von jenem Falle ſpricht Ulpian in der L. 3. pr., von dieſem African in der L. 14. §. 2. D. *h. t.*, daß Beide nicht mit einander im Widerſpruch ſind, beweiſ't theils die folgende Stelle [67], theils die L. 1. §. 9. D. *de Carboniano edicto* (XXXVII. 10.), worin Ulpian denſelben Fall vorträgt, und nach gleichen Grundſätzen entſcheidet: „Idem (*Pomponius*) ait: quum quidam exheredem scripsisset filium, quod diceret eum ex adulterio conceptum; quia fieret ei haec controversia, an inter liberos sit? ex hac parte edicti ei bonorum possessionem competere, quum, si sine elogio exheres scriptus esset, non haberet bonorum possessionem.“ Hätte der Vater alſo ohne Hinzufügung des Grundes

65) L. 4. Cod. *de hered. inst.* (VI. 24.) L. 25. pr. in f. D. *h. t.*

66) *Desid.* Heraldus obs. et emend. c. 28. (in Ottonis thes. T. II. p. 1346.) und Bd. XXXV. d. Comment. §. 1421. e. S. 380—386. — Daß in einem ſolchen Falle die Inofficioſitätsquerel habe angeſtellt werden müſſen, wie Cujacius (Tract. IV. ad African. opp. prior. T. I. p. 1344.) behauptet, iſt gewiß nicht richtig. M. ſ. was dagegen in der eben angeführten Stelle des Comment. geſagt iſt.

67) L. 15. D. *h. t.* (*Ulpianus* Lib. I. ad Sabin.) „Idem est et si ita dixerit: *ille illius filius exheres esto*, patrem ei adulterum per errorem adsignans.“

die Enterbung ausgeſprochen, ſo würde nur die Möglichkeit übrig geblieben ſeyn, das Teſtament mittelſt der Inofficioſitätsquerel anzufechten. Durch den hinzugefügten Enterbungsgrund aber hat er die Legitimität des Sohnes verdächtigt; mithin erhält derſelbe zur Sicherung ſeines Erbrechts eine missio in bona ex edicto Carboniano bis zu ſeiner Pubertät[68]), und fällt hiernächſt die Entſcheidung zu ſeinen Gunſten aus, ſo iſt nunmehr die Enterbung als gar nicht vorhanden zu betrachten, es tritt folglich die reine Inteſtaterbfolge ein[69]). — Und eben ſo wie Irrthum ſteht auch ein unbeſtimmter Ausdruck der Giltigkeit einer Erbeneinſetzung oder Enterbung im Wege. Wer unter der Bedingung: wenn ſein Sohn vor ihm ſterben ſollte, einen Dritten einſetzt, hat den Sohn präterirt[70]). Denn, unterliegt es gleich keinem Zweifel, daß der Sohn nach der Abſicht des Teſtirers

68) L. 1. pr. D. *de Carbon. edicto.* — v. Löhr: die B. P. ex edicto Carbon. iſt eine missio in possessionem; in dem Magazin f. Philoſ. u. Geſchichte des Rechts u. d. Geſetzgebung Bd. II. S. 451 fgg. — Foerster de B. P. Lib. praeter. contra tab. §. XXXVII. sqq. p. 212. sqq. — Die Bedingungen des Carbon. edictum ſind bekanntlich: daß dem impubes die Legitimität beſtritten wird, und zwar von ſolchen, welche das Vermögen nach Erbrecht in Anſpruch nehmen (Foerster l. l. §. XXXV. p. 208.); Beides trifft hier zu, da dem Enterbten der eingeſetzte Erbe gegenüber ſteht, welcher das Vermögen nur bekommen kann, wenn die Behauptung des Teſtirers als wahr befunden wird.

69) L. 7. §. 6. D. *de Carb. edicto.* — S. Cujacius in Comment. ad L. 1. §. 9. *eod.* (opp. poster. P. IV. p. 133.)

70) L. 16. §. 1. in f. D. *de vulg. et pup. substit.* (XXVIII. 6.). — S. oben S. 193. und die dazu gehörigen Noten 22 u. 23).

dem Dritten vorgezogen ſeyn ſoll, ſo iſt doch immer der Ausdruck nicht beſtimmt genug, um ihn für eingeſetzt halten zu können; es muß mithin die Inteſtaterbfolge hier eintreten. Eine gleiche Wirkung hat denn auch eine unbeſtimmt ausgeſprochene Enterbung. „Idemque est“ (fährt Ulpian in der oben angeführten L. 1. §. 9. D. *de Carb. ed.* fort), et si ita sit scriptum: *quisquis est, qui filium meum se esse dicit, exheres esto;* quia non est filius exheredatus.“ — Der Zuſammenhang ergiebt, daß das „*Idem est*“ nicht auf die unmittelbar vorausgehenden Worte bezogen werden darf, ſondern auf den Hauptſatz: es wird eine bonorum possessio ex Carboniano edicto gegeben, weil die Enterbung nicht gelten kann [71]). Uebrigens ſoll eine Ausſchließung in der Form einer Enterbung inter ceteros für rechtsbeſtändig gehalten werden, wenn der Erblaſſer nur einen Sohn hat, weil ja hier, ungeachtet der Allgemeinheit des Ausdrucks, das ausgeſchloſſene Individuum nicht zweifelhaft iſt: „Titius testamento heredem instituit, et filium habens sic exheredationem possuit: *ceteri omnes filii filiaeque meae exheredes sunto.* Paulus respondit, filium recte exheredatum videri [72]).“

Von den meiſten Juriſten wird dieſe Stelle freilich anders verſtanden. Sie meinen nämlich, daß durch die gebrauchte Formel: „ceteri omnes filii filiaeque meae exheredes sunto“ alle Kinder namentlich enterbt ſeyen, für eine Exheredatio inter ceteros aber nur ge-

71) Dieſer Zuſammenhang wird in den Baſiliken (Lib. XL. Tit. V. Fr. 1. §. 6.; bei Fabrotus T. V. p. 327.) noch beſtimmter hervorgehoben.

72) L. 25. pr. *Dig. h. t.* (*Paulus* lib. XII. Responsor.)

halten werden könne, wenn Kinder (filii filiaeque) überall nicht genannt ſeyen, ſondern der Teſtirer ſchlechthin geſagt: „ceteri exheredes sunto", alſo gewiſſermaſſen alle Menſchen auſſer dem eingeſetzten Erben enterbt hätte [73]. Es ſtützt ſich dieſe Anſicht auf den zweiten Theil der eben angeführten Stelle von Paulus (L. 25. pr. D. *h. t.*), welcher so lautet: „Postea consultus, an videatur exheredatus, quem pater putavit decessisse? respondit: filios et filias nominatim exheredatos proponi; de errore autem patris, qui intercessisse proponeretur, apud judicem agi oportere" [74]. — Indeſſen dürfte ſich hiegegen Folgendes mit Recht erinnern laſſen: Es iſt doch wohl vorauszuſetzen, daß der Teſtirer die Enterbung in der Abſicht verfügt habe, um diejenigen auszuſchließen, deren Uebergehung entweder das Teſtament null und nichtig macht, oder den Uebergangenen Rechte an der Erbſchaft giebt, wie das zur Zeit des claſſiſchen Pandekten-Rechts den präterirten Töchtern und Enkeln zuſtehende jus accrescendi war. Denn, die Enterbung von Perſonen, die dergleichen Rechte nicht haben, iſt eine nichts ſagende Handlung, folglich nicht zu präſumiren. Muß nun hiernach angenommen werden, daß der Erblaſſer, wenn er ſagte: ceteri, oder ceteri omnes exheredes sunto, dabei an ſeine Deſcendenten dachte: ſo iſt dieſe Ausſchließungs-Art gewiß um nichts

73) S. z. B. Cujacius obs. Lib. XXVI. c. 9. u. ad *Pauli* Resp. Lib. XII. (opp. post, T. III. P. II. p. 65.). Finestres l. l. P. IV. cap. II. §. 8. 9. (Prael. Cervariens. p. 103.). Höpfner Commentar §. 476. Note 3. Francke Notherbenrecht S. 61.

74) Dieſer Satz iſt bereits erklärt Bd. XXXV. d. Comment. §. 1421. e. S. 385. a. E. flg.

unbeſtimmter, als wenn er noch hinzufügte: filii filiaeque. Daß aber auf die letztere Weiſe mehrere Söhne nicht enterbt werden konnten, ergiebt ſich ganz deutlich aus dem §. 1. Inst. *de exhered. liberor.*, wo es heißt: „Nominatim autem exheredari quis videtur, sive ita exheredetur: *Titius, filius meus, exheres esto*, sive ita: *filius meus exheres esto*, non adjecto proprio nomine, *scilicet si alius filius non extet*.“ Waren alſo mehrere Söhne vorhanden, ſo mußte jeder namentlich aufgeführt werden. Und dagegen enthält die obige Stelle von Paulus auch nicht das Geringſte, man mag ſie, wie gewöhnlich geſchieht, mit dem vorausgegangenen Satz unmittelbar in Verbindung ſetzen, oder auf einen ganz neuen Fall beziehen. Nimmt man erſteres an, ſo darf man nicht überſehen, daß es ausdrücklich heißt: „Titius — — *filium* habens, sic exheredationem posuit“ u. ſ. w. Hatte er nun auch mehrere Töchter, ſo war die Enterbung doch allemal giltig, und hatte er etwa nur eine Tochter, ſo waren durch die Formel: *ceteri omnes filii filiaeque exheredes sunto*, Sohn und Tochter namentlich enterbt [75]). Nicht unwahrſcheinlich iſt es aber, daß die folgende Conſultation einen beſonderen Fall zum Gegenſtande hatte, d. h., daß hier nicht etwa in Beziehung auf den zuerſt vorgetragenen Fall die Frage aufgeworfen wurde: wie wird es gehalten, wenn der Vater eines der von ihm enterbten Kinder irrthümlich für geſtorben hielt? ſondern daß nach dem vorgetragenen Factum die Kinder in der That namentlich enterbt waren. Denn dies liegt ja ganz deutlich in

75) Weſtphal Theorie des röm. Rechts, von Teſtamenten u. ſ. w. §. 28.

den Worten: „respondit: filios et filias nominatim exheredatos *proponi*“, was offenbar eine nähere Beſtimmung des zur Entſcheidung vorgeſtellten Falles enthält, nicht aber als Reſponſum betrachtet werden darf [76]. Wie man aber hierüber auch denken mag, in jedem Falle erſcheint die Meinung hinreichend begründet, wonach die in der L. 25. pr. D. *h. t.* angewandte generelle Enterbungs-Formel für eine exheredatio inter ceteros erklärt wird [77].

War nun die Einſetzung oder Enterbung eines Sohns nicht namentlich und beſtimmt geſchehen, oder — nach den aus den bisherigen Erörterungen ſich ergebenden Grundſätzen — dafür zu halten, ſo traten die Wirkungen der Präterition ein, d. h. das Teſtament war ipso jure null und nichtig [78], und zwar ſeinem ganzen In-

76) Es iſt bekannt, daß das *proponi* bei Conſultationen, Bittſchreiben u. ſ. w. auf den faktiſchen Vortrag der Anfragenden und Bittenden bezogen zu werden pflegt (ſ. Brissonius de V. S. v. proponere §. 2. 3.). Auch hier hat es dieſe Bedeutung, und zwar muß man es, wenn man den Worten keinen Zwang anthun will, geradezu von dem Parteien-Vortrage verſtehen, nicht aber ſo, als wenn Paulus geſagt hätte: „secundum ea, quae proposita sunt respondi, filios nominatim esse exheredatos.“

77) So wird die Stelle auch verſtanden von Schrader ad Pr. Instit. de exhered. liberor. *Verb. et inter ceteros.*

78) *Gaji* Inst. II. §. 123. (— „alioquin — — *inutiliter* testabitur“). *Ulpiani* Fragm. XXII. §. 16. — L. 1. D. de *injusto*, *rupto irrito facto test.* („Testamentum — — — *nullius est momenti*“ —). — L. 4. Cod. *de liber. praeter.* (VI. 22.) — „si praeteritus fuerat filius, *ipso jure evertebat testamentum*“). — Foerster de bon. p. lib. praet. c. tabb. P. I. §. 21. p. 73.

halte nach [79]. Der präterirte Sohn iſt alſo nach dem Recht, mit deſſen Darſtellung wir es hier zu thun haben, Inteſtaterbe und nimmt als ſolcher die väterliche Verlaſſenſchaft mit der hereditatis petitio ab intestato in Anſpruch. Wenn daher auch das Daſeyn einer Nullität erſt durch richterliche Entſcheidung feſtzuſtellen iſt, ſo beruht es doch auf unrichtigen Vorſtellungen, hier von einer ſ. g. querela nullitatis ex jure antiquo zu ſprechen [80]; was abſolut nichtig iſt, darf nicht erſt durch ein Rechtsmittel angefochten werden [81].

Indeſſen herrſchte ſchon unter den römiſchen Juriſten ein Streit darüber, ob in der That dieſe Nullität eine abſolute ſey, oder ob nicht vielmehr das Teſtament zu Recht beſtehe, wenn der präterirte Hausſohn vor dem Vater ſtirbt? und zwar war dies ein Secten-Streit, wobei die Sabinianer der ſtrengeren Anſicht zugethan waren, die Proculianer hingegen die Giltigkeit des Teſtaments behaupteten [82]. In der Compilation iſt die

79) L. 17. D. *de inj. rupto irr. facto test.* L. 15. pr. D. *de legat. praest. c. tabb. b. p. pet.* (XXXVII. 5.) — L. ult. D. *h. t.* L. ult. 1. §. ult. D. *si tabb. nullae exstab.* (XXXVIII. 6.)

80) S. z. B. Höpfners Commentar über die Heineccischen Inſtitutionen §. 525. — Vgl. auch Bd. VII. dieſes Commentars §. 551. S. 292.

81) Haubold diss. de differentiis inter testamentum nullum et inofficios. cap. II. (opusc. T. II. p. 8.). Bluntſchli Entwickelung der Erbfolge gegen den letzten Willen S. 31 fg.

82) *Gaji* Inst. Lib. II. §. 123. — — „si eum silentio praeterierit, inutiliter testabitur: adeo quidem, ut nostri praeceptores existiment, etiamsi vivo patre filius defunctus sit, neminem heredem ex eo testamento ex-

erſtere Meinung deutlich genug gebilligt. Pr. Inst. *de exhered. liberor:* „si eum (filium in potestate) silentio praeterierit, inutiliter testabitur, adeo quidem, ut, etsi vivo patre filius mortuus sit, nemo heres ex eo testamento existere possit, *quia scilicet ab initio non constiterit testamentum.*“ Man wandte hier alſo die Regel des Civilrechts an: „quod ab initio vitiosum est, non debet tractu temporis convalescere [83].“ Allein immer iſt buchſtäblich dadurch doch nur Ungiltigkeit eines ſolchen Teſtaments nach dem Civilrecht ausgeſprochen, wie ſich dies aus den angeführten Stellen ergiebt, in welchen es heißt: neminem ex eo testamento *heredem* existere posse. Damit ver-

istere posse, quia scilicet statim ab initio non constiterit institutio; sed diversae scholae auctores, si quidem filius mortis patris tempore vivat, sane impedimento eum esse scriptis heredibus, et illum ab intestato heredem fieri confitentur; si vero ante mortem patris interceptus sit, posse ex testamento hereditatem adiri putant, nullo jam filio impedimento: quia scil. existimant (non) statim ab initio inutiliter fieri testamentum filio praeterito.“ — Dirkſen über die Schulen der Röm. Juriſten Cap. 1. §. 1. Nr. 5.; in den Beiträgen zur Kunde des Röm. Rechts (Leipz. 1825) S. 65 fg.

83) L. 29. D. *de reg. jur.* — S. auch L. 201. *eod.* „Omnia, quae ex testamento proficiscuntur, ita statum eventus capiunt, si initio quoque sine vitio ceperint.“ — *Statum eventus capere* heißt hier überhaupt ſo viel als: *eventum capere*; doch wird durch den erſteren Ausdruck inſonderheit auf die Feſtigkeit, Beſtimmtheit und Wirkſamkeit der Rechtsverhältniſſe hingewieſen, welche durch das Teſtament begründet werden ſollen. *Jac.* Gothofredus ad h. l. (in opuscul. minorib. ed. Trotz p. 1217 squ.)

trug ſich denn allenfalls die Ertheilung einer wirkſamen bonorum possessio für den eingeſetzten Erben. Ich ſage, einer wirkſamen bonorum possessio. Denn an und für ſich konnte jeder eingeſetzte Erbe aus einem von ſieben Zeugen beſiegelten Teſtamente eine secundum tabulas bonorum possessio erhalten [84]), ſoferne nur feſtſtand, daß der Erblaſſer die Teſtamentifaction hatte [85]).

Indeſſen folgte daraus, daß Jemand eine B. P. nachſuchte und erhielt, noch keineswegs, daß er nun auch die Erbſchaft wirklich bekam oder behielte. Die bonorum possessiones mußten bekanntlich binnen beſtimmten Friſten nachgeſucht werden, und hatte ſich ein früher Gerufener hierin verſäumt, ſo kam nun die Reihe an den zunächſt nach ihm Gerufenen [86]). Dieſer mußte denn, um nicht ausgeſchloſſen zu werden, innerhalb der vorgeſchriebenen Friſt ſein Recht wahrnehmen, d. h. die b. p. agnosciren; ob er aber durch dieſelbe auch wirklicher Erbe wurde, hieng von der Stelle ab, an welcher er zur B. P. gerufen war. Gieng ihm ein Civilerbe vor, ſo konnte er durch denſelben ſtets noch von der Erbſchaft ausgeſchloſſen werden, auch wenn dieſer ſich an der bonorum possessio verſäumt hatte [87]). Die B. P. des nachfol-

84) *Gaji* Inst. Lib. II. §. 119. u. §. 147. *Ulpiani* Fragm. XXVIII. §. 6. — §. 2. Inst. *de testament. ordin.*

85) L. 19. D. *qui testam. fac. poss.* (XXVIII. 1.) — L. 1. §. 2. u. §. 8. L. 7. D. *de B. P. s. t.* (XXXVII. 11.)

86) TT. Dig. *de successorio edicto* (XXXVIII. 9.) und *Quis ordo in possessionibus servetur* (XXXVIII. 15.). §. 9. Inst. *de bon. possessionib.* — Hugo Rechtsgeſch. 10te Aufl. pag. 606.

87) *Gaji* Inst. III. §. 34. in f. (§. 1. Inst. *de B. P.*) — „remota bonorum possessione ad eos (i. e. heredes suos et agnatos) hereditas pertinet jure civili. — L. 10. D.

genden bonorum possessor war alſo sine re, d. h. der Hauptſache nach wirkungslos [88]), ſobald der Civilerbe von ſeinem beſſeren Recht Gebrauch machte; cum re war ſie dagegen, wenn Jener vor, oder wenigſtens neben dem Civilerben ſich gerufen fand, in welchem Falle ihm zum Schutze ſeines Erbrechts eine hereditatis petitio gegeben wurde, oder gegen die Anſprüche der Civilerben eine exceptio doli zur Seite ſtand [89]).

de collat. bonor. — „filius in potestate — — — — hereditatem retinet eo jure, quo et bon. possessionem petere posset.“ — (Ich folge hier der Haloandriniſchen Lesart, welche auch als Variante bei Ruſſardus angemerkt iſt. Sie giebt dem Ganzen einen beſſern Zuſammenhang, als die Florentiniſche Lesart: hereditatem retinet jure eo, quod bon. possessionem petere posset, welche übrigens im Weſentlichen zu demſelben Reſultate führt). — Beſonders deutlich iſt hier Theophilus, deſſen Paraphraſe der oben angeführten Inſtitutionenſtelle nach der Ueberſetzung von Reitz ſo lautet: „Etiamsi vero maxime bonorum possessionem non petierint, nihilominus heredes sunt ex jure civili.“ — Hugo a. a. O. S. 609. u. 612. (Not. 8.) v. Löhr in dem von ihm und von Grolman herausgegeb. Magazin für Rechtswiſſenſchaft und Geſetzgebung Bd. III. Abth. VIII. S. 301 fg.

88) *Ulpiani* Fragmenta XXIII. 6. (— „quae B. P. cum re i. e. cum effectu habetur, si nemo alio jure heres sit“), XXVIII. 13. (— „Bon. possessio — datur — cum re, si is, qui accepit, cum effectu bona retineat, sine re, quum alius jure civili evincere hereditatem possit“). — *Gaji* Inst. II. 148. u. III. 35—37. — v. Löhr a. a. O. S. 281—284.

89) *Gaji* Inst. II. 120, 148 u. 149. L. 11. §. 2. D. *de B. P. sec. tabb.* — Hugo Rechtsgeſch. 10te Aufl. S. 608. — Vgl. Vinnius ad Princ. Inst. *de exheredat. liberor.* VII. Koch B. P. S. 227—229, u. S. 303—336. v. Löhr

Die Vertheidiger der Meinung, daß durch die bonorum possessio secundum tabulas des eingeſetzten Erben die Inteſtaterben in dem Falle ausgeſchloſſen werden, wenn der präterirte Hausſohn vor dem Vater ſtirbt [90]), können ſich daher nicht auf die L. 2. pr. D. *de bon. poss. sec. tab.* (XXXVII. 11.) berufen, wo Ulpian ſagt: „Voluit (Praetor) primo ad liberos bonorum possessionem contra tabulas pertinere, mox, *si inde non sit occupata, judicium defuncti sequendum.* Expectandi igitur liberi erunt, quamdiu bonorum possessionem petere possunt. *Quodsi tempus fuerit finitum, aut ante decesserint,* — — — — *tunc revertetur bonorum possessio ad scriptos.*“ Hier iſt nur von der Ordnung die Rede, in welcher die einzelnen Arten der bonorum possessiones auf einander folgten (zuerſt die contra tab. b. p., dann die sec. tab. b. p. u. ſ. w.; wollte man die Stelle von einer b. p. cum re der eingeſetzten Erben verſtehen, ſo würde

a. a. O. S. 302 fg. Note 3. u. S. 304 — 332. — Es verſteht ſich von ſelbſt, daß nicht blos in dem oben genannten Falle die B. P. eine wirkſame iſt, ſondern auch, wenn der vorgehende Civilerbe durch Enterbung oder rechtsgiltigen Verzicht ausgeſchloſſen wird. S. L. 1. §. 3. D. *Si a parente quis manumissus sit* (XXXVII. 12.).

90) Zu den Vertheidigern dieſer Meinung gehören unter andern *Sam.* Stryk Cautelae testamentorum Cap. XXIV. §. 11. (opp. praestantior. Vol. III. p. 312.) *Jos.* Finestres de liberis et postumis heredib. instit. vel exhered. P. II. C. II. §. 17. 18. *Jos.* Averanius Interpretat. jur. Lib. I. C. XI. Nr. VI. Koch B. P. S. 311, 373 u. 438. v. Löhr a. a. O. S. 311 fg. Foerster de B. P. liberor. praeterit. Part. II. §. 126. p. 388. in f. squ. Bluntſchli a. a. O. S. 114.

hiernach ja der suus heres ſelber, wenn er die Agnitions-Friſt verſäumt hätte, von dem eingeſetzten Erben ausgeſchloſſen werden, wovon aber ganz entſchieden das Gegentheil ſtatt findet[91]). Mehr Gewicht hat auf den erſten Anſchein die Berufung darauf, daß ſeit einem Reſcript des Kaiſers Antoninus Pius[92]) die eingeſetzten Erben den Inteſtaterben vorgehen[93]). Allein dieſes Reſcript lautete ja keineswegs ſo allgemein, wie gewöhnlich angenommen wird[94]). Gajus, der uns dies neue Recht referirt (ſ. Note 93), ſpricht zuerſt (im §. 119) von einem Teſtament, dem die civilrechtliche Form fehlt („velut quod familia non venierit, aut nuncupationis verba testator locutus non sit"). Aus einem ſolchen Teſtamente gebe der Prätor eine b. p., deren Wirkſamkeit aber davon abhänge, daß kein civilrechtlicher Inteſtaterbe vorhanden ſey („si nemo sit, ad quem ab intestato jure legitimo pertineat hereditas"). Doch (fährt er im §. 120 fort) ſey dies durch das vorerwähnte Reſcript geändert:

> „rescripto enim Imperatoris Antonini significatur, eos, qui secundum tabulas testamenti *non jure factas* bonorum possessionem petierint, posse

91) *Ulpiani* Fragm. XXVIII. 13. inf. „veluti si suus heres intestato sit, B. P. sine re est, quum suus heres evincere hereditatem jure legitimo possit. — S. auch Note 88. u. Francke Notherbenrecht S. 116.

92) S. Bd. XXXIV. des Commentars §. 1412. a. S. 261. u. die daſ. Note 13 citirten Schriften.

93) *Gaji* Inst. II. 119. 120.

94) v. Löhr a. a. O. S. 302 fg. Not. 3. Ed. Schrader: Was gewinnt die röm. Rechtsgeſch. durch Cajus Inſtitutionen? S. 31. Schweppe Rechtsgeſch. §. 466.

adversus eos, qui ab intestato vindicant hereditatem, defendere se per exceptionem doli mali."

Der Ausdruck: testamentum non jure factum kann an und für ſich auf jedes nach den Grundſätzen des Civilrechts von Anfang an ungiltige Teſtament bezogen werden; allein in ſeinem engeren und gewiſſermaſſen techniſchen Sinne bedeutet er ein Teſtament, dem die Solennitäten fehlen; und wird ſo dem Teſtament entgegengeſetzt, welches wegen Präterition eines suus heres nichtig iſt: „Testamentum aut non jure factum dicitur, *ubi solennia juris defuerunt*, aut nullius est momenti, cum filius, qui fuit in patris potestate, praeteritus est" [95]. Daß nun dieſer Ausdruck auch hier in ſeiner engeren Bedeutung genommen werde, beweiſ't der ganze Zuſammenhang, und namentlich auch die Anwendung, welche Gajus (§. 121) davon auf das Teſtament einer Frauensperſon macht, indem hier ebenfalls nur die Rede iſt von dem Mangel der Solennitäten, ſo wie der tutoris auctoritas, welche blos der Form wegen erfordert wurde [96]. Eine Beſtätigung erhält dies Reſultat aber inſonderheit auch noch dadurch, daß Gajus da, wo er von den Wirkungen der Präterition ſpricht (§. 123), die Anſicht der Sabinianer, daß ein ſolches Teſtament wirkungslos ſey, ohne alle Modification vorträgt; ja, was die Sache vollens auſſer Zweifel ſetzt, iſt der Umſtand, daß an einer ſpäteren Stelle, wo gerade von der Wirkung der sec. tab. b. p. die Rede iſt (§. 148. 149), ausdrücklich geſagt wird, daß dieſe B. P. der eingeſetzten Er-

95) L. 1. D. *de injusto, rupto, irrito, facto test.*

96) *Gaji* Inst. II. 121 u. 122. — Vgl. auch Bd. XXXIII. d. Comment. §. 1404. d. S. 408 fg.

ben nur sine re ſey, „si ab iis avocari hereditas potest,“ dies aber finde unter anderen ſtatt, „si quis — — ab intestato jure legitimo heres sit“ [97]).

Hauptſächlich aber ſtützten die früheren Vertheidiger der entgegenſtehenden Anſicht dieſelbe auf die Analogie des bekannten Rechts, wonach eine wirkſame bonorum possessio aus einem durch agnatio postumi rumpirten Teſtamente gegeben wird, wenn der Poſtumus vor dem Erblaſſer ſtirbt [98]). Dagegen drängen ſich indeſſen ſchon im Allgemeinen erhebliche Zweifel auf. Ein Teſtament, worin ein bereits vorhandener suus präterirt wird, hat im Rechtsſinne eigentlich nie exiſtirt, wird aber ein Poſtumus präterirt, ſo iſt das Teſtament doch von Anfang an vollkommen giltig; viel näher lag daher in dieſem Falle die Anwendung der Billigkeit, wie in jenem [99]). Und ſollte wohl, zu einer Zeit, wo längſt ſchon das

97) Im §. 149. des II. Buchs von Gajus Inſtit. findet ſich eine Lücke; aus den Schlußworten („aut quod familia non venierit, aut nuncupationis verba testator locutus non sit“) wird es indeſſen ſehr wahrſcheinlich, daß Gajus hier die verſchiedenen Wirkungen der B. P. aus einem wegen Präterition des Hausſohns ungiltigen Teſtament, und aus einem ſolchen, dem die civilrechtlichen Solennitäten mangelten, auseinanderſetzte, daß er die letztere nämlich unbedingt für eine wirkſame erklärte, die erſtere nur für den Fall, wenn kein näher berechtigter Civilerbe vorging. Vgl. Francke Notherbenrecht. S. 117.

98) L. 12. pr. D. *de injust. rupt. irrito facto test.*

99) Dieſe innere Verſchiedenheit zwiſchen beiden Fällen will der Recenſent von Francke's Notherbenrecht (in den Jahrb. der geſammten juriſtiſchen Literatur herausgegeb. von Schunck Bd. XIX. Heft 3. S. 238.) hier nicht gelten laſſen.

prätoriſche Erbrechtſyſtem ausgebildet war, mithin die bonorum possessio (cum re) vollſtändiges Erbrecht gewährte, geſagt worden ſeyn: „qui filium silentio praeterierit *inutiliter* testabitur, etiamsi vivo patre filius defunctus sit“ wenn dennoch aus einem ſolchen Teſtament eine wirkſame b. p. gegeben worden wäre? Es kommen indeſſen noch folgende beſondere Gründe hinzu. Erſtlich heißt es am Schluſſe der Stelle, welche dem eingeſetzten Erben eine wirkſame b. p. giebt, wenn der präterirte Poſtumus vor dem Erblaſſer wieder weggefallen iſt (L. 12. pr. D. *de inj. rupto irr. test.*), nachdem bemerkt iſt, daß die Vermächtnißnehmer ebenfalls das ihnen Hinterlaſſene erhalten („legatarii et fideicommissarii habebant ea, quae sibi relicta sunt“):

> „Idem et circa injustum et irritum testamentum erit dicendum, si bonorum possesssio data fuerit ei, qui rem ab intestato auferre possit.“

Daß der Ausdruck: *injustum testamentum* hier, wie auch ſonſt bisweilen [100]), ein durch Uebergehung eines suus heres nichtiges Teſtament bedeutet, iſt klar, da, wenn einem Teſtament nur die civilrechtlichen Solennitäten mangelten, die aus demſelben gegebene b. p. ſeit dem K. Antoninus auch für einen eingeſetzten Extraneus eine wirkſame gegen bloße Inteſtaterben war; nach unſerer Stelle aber ſoll ſie es nur ſeyn, wenn der eingeſetzte Erbe zugleich der nächſtberechtigte Inteſtaterbe iſt [1]). Zum Ueberfluß bezeugt auch der Scholiaſt zu den Baſiliken, daß unter injustum testamentum hier ein Te-

100) S. Brissonius de V. S. v. *injustus* in f.

1) Vgl. hiermit Francke a. a. O. S. 118. 119.

ſtament verſtanden werde, worin ein Sohn präterirt iſt [2]. Einen zweiten Grund enthält die folgende Stelle von Paulus (Lib. I. ad Sabin.)

„Si filius, qui in potestate est, praeteritus sit, et vivo patre decedat, testamentum non valet, nec superius rumpetur; *et eo jure utimur*" [3]).

Daß ein früheres Teſtament durch ein folgendes aufgehoben wird, hat zwar ſeinen Grund in einer Regel des Civilrechts. Allein eine bonorum possessio cum re, welche aus dem ſpäteren Teſtamente gegeben wurde, mußte begreiflich die nämliche Wirkung haben, welche das Civilrecht einem giltigen Teſtamente zuſchreibt, d. h. das früher errichtete wurde dadurch zerſtört [4]). Wenn daher Paulus ganz uneingeſchränkt ſagt: das Teſtament, worin ein in der Gewalt des Erblaſſers ſtehender Sohn präterirt wird, gilt nicht, wenn gleich derſelbe beim Leben ſeines Vaters ſtirbt, er rumpirt alſo auch ein früheres Teſtament nicht; — wenn er ſogar ausdrücklich hinzufügt, dies Recht ſei auch das in der Praxis recipirte: ſo iſt ganz unmöglich anzuuehmen, daß dennoch dem eingeſetzten Erben eine gegen die Inteſtaterben wirkſame B. P. gegeben ſey.

Sind aber die eingeſetzten Erben ſelbſt die nächſten zur Inteſtaterbfolge berechtigten, ſo iſt die ihnen ertheilte

2) Schol. f. ad fragm. 12. tit. II. lib. XXXIX. (Tom. V. p. 280).

3) L. 7. D. *h. t.* — Cujacii commentar. ad h. l. (opp. prior. Tom. I. p. 1083).

4) arg. L. 2. D. *de injusto* etc. *testamento* u. L. 12. pr. D. *de B. P. contra tabb.* (S. unten Note 10.) *Förster* l. l. p. 399.

B. P. sec. tab. allemal cum re [5]); denn es iſt alsdann ja Niemand vorhanden, der ihnen das Erbrecht ſtreitig machen könnte [6]). Darum entſcheidet auch Ulpian: „Si libertus patronum suum ita heredem scripserit: *si filius meus me vivo morietur, patronus heres esto,* non male videtur testatus; nam si decesserit filius, poterit hic exsistente conditione bonorum possessionem accipere“ [7]); denn obgleich in der Art, wie des Sohnes erwähnt wird, juriſtiſch eine Präterition liegt (ſ. oben Note 7), ſo iſt dennoch das Teſtament wirkſam, weil der Patron der nächſte Inteſtaterbe nach dem Sohne iſt [8]). Nur darüber könnte allenfalls gezweifelt werden, ob nicht der in einem civilrechtlich giltigen Teſtamente eingeſetzte Erbe dem Inteſtaterben vorgezogen worden ſey, wenn dieſer in einem ſpäteren Teſtamente eingeſetzt war, das aber nur nach prätoriſchem Recht beſtehen konnte. Wenigſtens nennt Gajus da, wo er von dem Verhältniſſe der sec. tab. B. P. zum civilrechtlichen Erbrechte ſpricht, unter denen, welche den Bonorum possessor ausſchließen, zuerſt den „heres jure civili institutus vel

5) Es iſt dies die gewöhnliche Meinung. M. ſ. Francke a. a. O. S. 115. u. die daſ. Note 36. angef. Schriftſteller, von welchen vorzugsweiſe zu merken ſind: Bartolus ad L. 12. pr. D. *de injusto* etc. *testam.* u. Vinnius ad Inst. tit. de exheredat. liberor. pr. Nr. 6. 7.

6) *Gaji* Inst. II. 148. „Qui sec. tabb. testamenti — b. possessionem accipiunt, si modo possunt hereditatem obtinere, habebunt B. P. cum re, si vero ab iis avocari hereditas potest, habebunt B. P. sine re.“ L. 12. pr. in f. D. *de injusto* etc. *testam.*

7) L. 3. §. 14. D. *de bonis libertorum.* (XXXVIII. 2.)

8) Francke a. a. O. S. 116 ffg.

ex primo, vel ex posteriore testamento,“ und darauf erſt den Inteſtaterben 9). Auch ergiebt ſich hieraus allerdings ſo viel, daß im Allgemeinen der prätoriſche Teſtamentserbe dem civilrechtlichen weichen mußte. Indeſſen läßt ſich eine in die Pandekten aufgenommene Stelle von Gajus ſehr füglich dahin verſtehen, daß dies ſich anders verhielte, wenn in dem zweiten Teſtamente die nächſten Inteſtaterben eingeſetzt waren 10). Ganz deutlich

9) *Gaji* Inst. II. 149.

10) Es iſt dies die vielfach beſprochene L. 12. §. 1. D. *de B. P. contra tabb.* Gajus ſagt hier: Wenn in einem frühern „testamentum jure factum“ der Sohn enterbt, in einem ſpäteren „imperfectum“ aber präterirt ſey, ſo könne er gegen das letztere die contra tabb. B. P. agnoſciren, vorausgeſetzt, daß ohne ſeine Dazwiſchenkunft die im Teſtamente eingeſetzten Erben ein wirkſames Recht haben würden („si remoto filio potiores sint in ea hereditate posteriore testamento scripti heredes.“) Gehen wir hiebei nur von dem oben ausgeführten Satz aus, daß die B. P. der in einem Teſtamente, worin ein suus heres präterirt iſt, eingeſetzten Erben sine re ſey, d. h. ihr Erbrecht von den Inteſtaterben ausgeſchloſſen werden könne, ſo dürfte die im Text angedeutete Erklärung gerechtfertigt erſcheinen. Wäre nämlich kein früheres Teſtament vorhanden, ſo würde das hier zur Frage ſtehende wegen der Präterition des Hausſohns (— denn von einem ſolchen, glaube ich, iſt hier die Rede) — nach Civilrecht nichtig ſeyn, die eingeſetzten Inteſtaterben aber eine wirkſame B. P. erhalten können, ſoferne der präterirte Sohn ihnen nicht im Wege ſteht. Unter dieſer Vorausſetzung nun ſoll auch der Präterirte ſelbſt eine contra tabb. B. P. haben, ungeachtet er in einem früheren Teſtamente giltig ausgeſchloſſen, und das ſpätere ein unvollſtändiges iſt. — Was hier und in der L. 2. D. *de injusto* etc. *test.* (ſ. die folg. Note) unter imperfectum

aber ſagt Ulpian in dem zweiten Buche ſeines Commentars über Sabinus, daß in ſolchem Falle das ſpätere prätoriſche Teſtament ein früheres civilrechtliches rum-

testamentum verſtanden werde, iſt freilich beſtritten; doch ſelbſt diejenigen, welche annehmen, daß ein auch wegen Präterition des Hausſohns nichtiges Teſtament ſo benannt worden ſey, geben doch zu, daß jener Ausdruck jedenfalls auch auf ein hinſichtlich der civilrechtlichen Solennitäten mangelhaftes Teſtament gehe. S. z. B. *Aug. Frid. Schotti* comment. ad orat. Pertinacis de testamento posteriore imperfecto prius perfectum haud infirmante, Cap. IV. (in opusc. jurid. Lips. 1770. p. 49. sqq.). Daß hier dieſer Begriff zu Grunde liege, ergiebt ſich ſchon aus dem Gegenſatze zwiſchen „testamentum jure factum, quo filius exheredatus est" und „imperfectum, in quo praeteritus est"; was gewiß nicht heißen ſoll: das Teſtament ſey giltig, weil der Sohn darin enterbt worden u. ſ. w., ſondern: in einem gehörig errichteten Teſtamente iſt der Sohn enterbt, in einem mangelhaften iſt er präteriret. (Koch B. P. S. 397 fg. §. 4.) — Eine genauere Erklärung der L. 12. cit. gehört noch nicht hieher, ſondern erſt in den folgenden Titel (bei §. 1430.) Ich bemerke hier nur, daß die meiſten Interpreten die Stelle ebenfalls von einem der Form nach mangelhaften Teſtament verſtehen, worin mit Uebergehung des Sohnes die Inteſtaterben eingeſetzt ſind; namentlich die Accurſiſche Gloſſe und Bartolus ad h. l. Auch verweiſe ich im Allgemeinen auf Koch B. P., wo ſich S. 361—422 ein ausführlicher, wenn gleich nur theilweiſe richtiger Commentar der Stelle, und S. 393 fgg. eine Ueberſicht und Kritik der verſchiedenen Erklärungsverſuche findet. Hinzuzufügen iſt beſonders noch Foerster l. l. Partic. II. §. 128—130, welcher übrigens dem zweiten Teſtamente vim rumpendi nur unter der Vorausſetzung zugeſtehen will, wenn der in dem erſten Teſtamente eingeſetzte Erbe aus irgend einem Grunde wegfällt.

pire: „Tunc autem prius testamentum rumpitur, cum posterius rite perfectum est, nisi forte posterius vel jure militari sit factum, *vel in eo scriptus est, qui ab intestato venire potest; tunc enim et posteriore non perfecto superius rumpitur*“ 11). — Uebrigens darf man in allen Fällen, wo die eingeſetzten Inteſtaterben eine wirkſame sec. tab. bon. possess. erhalten können, dies nicht blos als ein Recht derſelben betrachten; wenigſtens bleiben ſie immer zur Auszahlung

11) L. 2. D. *de injusto* etc. *testamento.* Wegen der hier vorkommenden Ausdrücke *perfectum* und *non perfectum* testamentum ſ. die vorausgehende Bemerkung.) — Uebrigens wollen viele die Worte („vel in eo scriptus est, qui ab intestato venire potest“) für ein Einſchiebſel Tribonians halten; z. B. die Accurſiſche Gloſſe ad h. l. Note o., *Anton Faber* Error. pragmat. Decad. XXXVII. error. II. in f. *Hug.* Grotii Flor. sparsio ad jus Justinian. h. l. (ed. Hal. p. 195.) Die Gründe dafür ſind theils, weil ein befriedigender Grund einer ſolchen Begünſtigung der Inteſtaterben ſich nicht angeben laſſe, theils, weil dieß Recht erſt durch eine Conſtitution des K. Theodoſius II. eingeführt ſey. (Novellae Theodosii II. Tit. XVI. §. 7. in dem jus civile antejustinian, ed. Berol. P. II. p. 1252 squ.). — L. 21. §. 5. *Cod. de testam.* (VI. 23.) — Auf erſteres antwortet *Corn.* van Bynkershoek: „jus, quod alicujus fuit, facilius reviviscit, quam novum incipit, *quasi sic concurrente jure duplici, et voluntatis ultimae, et legis, quae cognatos vocat* (Observatt. jur. Rom. Lib. II. Cap. II. in f.). Und was den zweiten Grund anbetrifft, der hier eigentlich allein nur in Betracht kommt, ſo beſteht das Neue in dem Geſetze des K. Theodoſius eigentlich nur in der Vorſchrift, daß 5 Zeugen, welche das Geſchehene eidlich erhärten können, zur Giltigkeit eines zweiten Teſtaments, worin die Inteſtaterben eingeſetzt ſind, genügen.

der Vermächtniſſe verpflichtet, wenn ſie auf die bonorum possessio verzichten, um ab intestato zu erben [12]).

Abgeſehen nun alſo von dem Fall, wenn der nächſte Inteſtaterbe ſelber eingeſetzt iſt, wird ein wegen Präterition des Hausſohns nichtiges Teſtament dadurch nicht wirkſam, daß der Präterirte beim Leben des Erblaſſers ſtirbt. Hierin kann auch der Umſtand nichts ändern, daß der Erblaſſer nach dem Tode des präterirten Sohnes ein ſolches Teſtament (ohne eine neue förmliche Teſtamentshandlung) beſtätigt. Francke, welcher das Gegentheil behauptet [13]), beruft ſich auf die Analogie des testamentum irritum factum, und namentlich auf die L. 11. §. 2. D. *de bon. poss. sec. tab.*, wo Papinian von einem Teſtamente ſpricht, welches, durch Adrogation des Teſtirers irritum geworden, aber nach wiedererlangter Selbſtſtändigkeit von demſelben für giltig erklärt, durch eine wirkſame secundum tab. bonorum possessio aufrecht erhalten wird, und dabei bemerkt: „Nec putaverit quisquam, nuda voluntate constitui testamentum; non enim de jure testamenti maxime quaeritur, sed de viribus exceptionis“; d. h. das Teſtament beſteht ja nicht erſt durch die letzte Erklärung des Teſtirers, ſondern es war von Anfang an vollkommen giltig; es frägt ſich daher lediglich, ob die Klage aus demſelben durch doli exceptio entfernt werden kann, und dies iſt zu verneinen, da die Billigkeit in dieſem Falle nicht den Inteſtaterben, ſondern den eingeſetzten Erben

12) L. 1. pr. u. §. 9. D. *si quis omissa causa testamenti ab intestato vel alio modo possideat hereditatem.* (XXIX. 4.)

13) a. a. O. S. 120.

zur Seite ſteht [14]. Schon in dieſer Erklärung liegt der Grund, weshalb jene Analogie hier nicht paßt. Ein durch capitis deminutio des Teſtirers wirkungslos gewordenes Teſtament (test. irritum factum) iſt darin dem ruptum gleich, daß beide bei ihrer Entſtehung zu Recht beſtändig ſind, und nur in der Folge ein Hinderniß eintritt, wodurch ihre Wirkſamkeit gehemmt wird; fällt dies Hinderniß wieder weg, ehe die Erbſchaft deferirt wird, ſo reſtituirt der Prätor die eingeſetzten Erben gegen die nach der Strenge des Rechts eingetretene Vernichtung des Teſtaments durch eine bonorum possessio cum re, weshalb denn auch Gajus ſagt: „Non per omnia inutilia sunt testamenta, quae — — — jure facta postea irrita facta sunt“ [15]. Anders dagegen verhält es ſich mit den Teſtamenten, welche wegen Präterition eines Hausſohns von Anfang an nichtig ſind. Zwar wurde auch daraus eine sec. tab b. p. gegeben, weil hiezu jedes in der prätoriſchen Form errichtete Teſtament genügte, deſſen Urheber die Teſtamentifactio hatte. Wirkſam aber war dieſe bonorum possessio ja nur, wenn ohnehin Niemand da war, der den eingeſetzten Erben die Erbſchaft entreißen konnte, und ſo erſcheint denn, wenn die Inteſtaterben eingeſetzt ſind, dies Recht im Grunde als eine Beſchränkung derſelben, da ſie, wenn das Teſtament überall keine Wirkung hätte, die Erbſchaft ab intestato ungekürzt haben würden.

Durchaus verſchieden von der bisher erörterten Frage

14) *Jac.* Cujacius in lib. XIII. quaest. Papin. ad L. 11. D. *de B. P. sec. tabb.* (opper. postum. ed. Paris. Tom. I. P. I. p. 362. Jan. a Costa ad §. 5. Inst. *quib. mod. testam. infirm.*

15) *Gaji* Inst. II. 147. (§. 5. Inst. *quib. mod. test. infirm.*)

iſt der Fall, wenn der präterirte suus von der Erbſchaft abſtinirt. Daß hier die eingeſetzten Erben ſtets eine wirkſame sec. tab. b. p. erhalten, iſt die gemeine und auch richtige Meinung [16]. — Cujacius, welcher das Gegentheil behauptet (außer für den Fall, wenn Geſchwiſter des Präterirten eingeſetzt ſind), ſtützt ſeine Anſicht darauf, daß die Uebergehung eines Hausſohnes Nichtigkeit des Teſtaments bewirke und die Inteſtaterbfolge herbeiführe; es ſey alſo dem präterirten Sohne die Verlaſſenſchaft ab intestato deferirt, folglich könne ſeine Abſtention nur die Wirkung haben, wie wenn gar kein Teſtament vorhanden ſey [17]. — Der Vorderſatz dieſer Argumentation iſt gewiß richtig, und auch die Folgerungen daraus müſſen ſo lange als wahr zugegeben werden, als ſich nicht auf beſonderen Gründen beruhende Einſchrän-

16) *Jo.* Brunnemann in Commentar ad L. 17. D. *de injusto* etc. *testamento*. *Ant.* Schulting in Notis ad Dig. ad eund. locum (Tom. V. p. 36.) *Sam.* Stryk de successione ab intestato Dissert. IX. Cap. IV. §. 22. (opper. praestant. p. 1031 squ.) *Joseph.* Averanius Interprett. jur. Lib. I. Cap. X. u. XI. *Joseph.* Finestres de liberis ac postumis P. II. Cap. II. §. 8. u. 9. Höpfner Commentar üb. d. Heineccìſchen Inſtitut. §. 660. Nr. 3. Schweppe das röm. Privatr. in ſ. Anwendung u. ſ. w. §. 955. v. Wening-Ingenheim Lehrb. d. gem. Civilrechts Buch V. Kap. V. VI. §. 156. u. A.

17) Cujacius in Lib. V. Respons. Papin. ad L. 17. D. *de injusto* etc. *testam.* (opper. postum. Tom. I. P. II. p. 215.); ſ. auch deſſen Comment. ad Tit. Dig. *de injusto* etc. *testam.* ad eund. locum (opper. prior. ed. Paris. Tom. I. p. 1110.) — Vgl. Francke a. a. O. S. 108. u. die daſ. Note 25. angef. Schriften, denen auch noch beizufügen iſt Vinnius ad Pr. Inst. *de exheredat. liber.* Nr. VII. in f.

kungen nachweiſen laſſen. Im Allgemeinen nun enthält die prätoriſche B. P., welche überhaupt die ſchroffe Conſequenz mildert, eine ſolche Einſchränkung. Nach dem prätoriſchen Recht iſt ein ſolches Teſtament kein nichtiges [18]); doch äuſſert ſich hier die Einwirkung dieſes Rechts nicht immer auf gleiche Weiſe, es kommen vielmehr die beſonderen Gründe der civilrechtlichen Nichtigkeit und die

18) Denn wie könnte ſonſt überhaupt von einer sec. tabb. B. P. in Beziehung auf ein ſolches Teſtament die Rede ſeyn, wie von einer contra tabb. B. P., — wobei das Teſtament, und ſelbſt deſſen Inhalt, in mehr als einer Beziehung berückſichtigt wird. Und wird ja, wenn auch Notherben präterirt ſind, die contra tabb. B. P. nicht wider jedes Teſtament gegeben, ſondern nur alsdann, wenn daraus auch eine sec. tabb. B. P. möglich iſt. L. 19. D. *de B. P. contra tabb:* „Quod vulgo dicitur: liberis datam B. P. contra lignum esse, sic intelligendum est, ut sufficiat, extitisse tabulas mortis tempore patris, ex quibus vel adiri hereditas, vel secundum eas bonorum possessio peti potuit, quamvis neutrum eorum postea secutum sit, vel sequi potuerit.“ Sonſt tritt ohne weiteres Inteſtaterfolge ein. Foerster l. l. Partic. II. §. 80 sqqu. — S. auch Vinnius ad Pr. Inst. de exheredat. liber. Nr. VI. *Ulric.* Huber Praelect. ad Inst. Tit *de liber. exheredandis* §. 2. in f. *Jo.* Voetius Comment. ad Pandect. Lib. XXXVII. Tit. IV §. 1. *Jos.* Averanius interpr. jur. Lib. I. c. VII. Dagegen behauptet mit Mehreren, beſonders älteren Juriſten (z. B. Baldus und *Paulus* Castrensis) *Ant.* Faber: ein nichtiges Teſtament ſey auch nach prätoriſchem Rechte nichtig, und wenn demnach einzelne Punkte deſſelben erhalten würden, ſo trete doch der Hauptſache nach immer Inteſtaterbfolge ein. — Im Allgemeinen iſt dieſe Anſicht gewiß unrichtig, in Beziehung auf die L. 17. D. *de injusto* etc. *testam.* liegt ihr freilich allerdings etwas Wahres zu Grunde. S. unten Note 28.

Umſtände des Falles zunächſt in Betracht, wenn von der Wirkſamkeit des Teſtaments die Rede iſt. Die eingeſetzten Erben erhalten alſo auſſer Zweifel auch in dem angenommenen Falle eine sec. tab. bonor. possessio, und es fragt ſich nur, ob dieſelbe wirkſam iſt oder nicht? Hierbei aber kommt vor allen Dingen der Umſtand in Betracht, daß zur Zeit des Anfalls der Erbſchaft die auf den Sohn folgenden Inteſtaterben überall kein Recht hatten; denn nicht ihnen, ſondern dem Sohn war das Erbrecht deferirt. Dieſem mußten die eingeſetzten Erben weichen, wenn er die hereditatis petitio anſtellte, oder contra tab. b. p. nachſuchte; aber auch nur ihn durften ſie hier als ihren Gegner anerkennen, und daraus folgt denn ganz von ſelbſt, daß, wenn er auf ſein Recht verzichtet, nunmehr das ihrige auf eine wirkſame bonorum possessio eintritt. Die Folgen der Abſtention eines suus heres, wenn der Erblaſſer ohne alle letztwillige Verfügung geſtorben iſt, können da nicht zur Anwendung kommen, wo ein Teſtament in der Mitte liegt, das zwar nach Civilrecht null und nichtig iſt, nach prätoriſchem Rechte aber in ſoferne berückſichtiget wird, als Niemand vorhanden iſt, welcher im Colliſions-Fall dem bonorum possessor vorgeht. Eine wahre Colliſion findet hier nur zwiſchen dem Recht zur contra tabulas b. p. und dem zur sec. tab. b. p. ſtatt; iſt jenes für unbegründet erklärt, oder aufgegeben, ſo iſt damit der Grund weggefallen, welcher die Wirkſamkeit der letzteren allein hemmen konnte. Daß die Abſtention Alles in die Lage bringt, als ob die Erbſchaft dem suus nie erworben wäre, kann man gerne zugeben[19], ohne daß dies die Sache im Geringſten än-

19) L. 12. pr inf. D. *de interrogationib. in jure faciendis.* (XI. 1.) — Doch iſt dies nicht einmal unbedingt wahr. L. 30

dert; man wird daraus unmöglich folgern wollen, daß nie eine Colliſion zwiſchen dem präterirten Sohne und den eingeſetzten Erben ſtatt gefunden hätte, weil man ſonſt, in Folge jener Fiction, auch eben ſo leicht annehmen könnte, der Sohn habe ſchon zur Zeit der Teſtaments- errichtung nicht exiſtirt, ſeine Uebergehung ſei mithin aus dieſem Grunde als gar nicht vorhanden anzuſehen [20]).

Uebrigens berufen ſich, ſowohl die Vertheidiger der eben entwickelten Anſicht, als auch diejenigen, welche nur den Geſchwiſtern des präterirten und ſeinem Rechte ent- ſagenden Notherben eine bonorum possessio cum re zugeſtehen, auf die L. 17. D. *de inj. rupto irr. facto test.* Sie iſt aus Papinian's Lib. V. responsorum, und lautet wie folgt: „Filio praeterito, qui fuit in patris potestate, neque libertates competunt, neque legata praestantur, si praeteritus fratribus partem hereditatis avocavit. Quodsi bonis se patris abstinuit, licet subtilitas juris refragari videatur, attamen voluntas testatoris ex bono et aequo tuebitur." Dieſe letzte Aeuſſerung verſteht man denn meiſtens ſo: es werde hier gegen die Strenge des Rechts aus Gründen der Billigkeit eine b. p. sec. tab. gegeben [21])

§. 10. D. de fideicommissariis libertatibus (XL. 5.). — — „Non est sine herede, qui suum heredem habet, licet abstinentem se." — L. 1. §. 7. D. *si quis omissa causa testamenti* etc. (XXIX. 4.) „Qui sunt in potestate, statim heredes sunt ex testamento, nec quod se abstinere possunt, quicquam facit."

20) Hiermit ſtimmt im Weſentlichen überein Francke a. a. O. S. 111.

21) Es gründet ſich dies zunächſt darauf, daß es in der Stelle heißt: ex bono et aequo tuebitur; dieſer Ausdruck werde näm-

Doch iſt dies wenigſtens ſehr ungenau ausgedrückt, und in keinem Falle die eigentliche Tendenz der Stelle richtig angegeben [22]). Unmöglich konnte Papinian ſagen wollen, daß die Brüder des präterirten Hausſohns zwar nach der Strenge des Rechts (subtilitas juris) auf eine b. p. sec. tab. keinen Anſpruch machen könnten, indeſſen ex aequo et bono ihnen geholfen werde. Denn eines Theils verſtand es ſich ſeit dem Aufkommen des prätoriſchen Erbſyſtems ganz von ſelbſt, nicht nur, daß die Brüder des präterirten suus, wenn dieſer dem Erbrechte entſagte, eine b. p. sec. tabulas erhalten konnten, ſondern auch, daß dieſe cum re war, da ja kein Näherer vorhanden war, der ihnen die Erbſchaft hätte entreißen können; andern Theils gewährte ihnen dieſe B. P. (wie

lich gewöhnlich gebraucht, wenn von der Einwirkung des Prätors, und inſonderheit von der successio praetoria die Rede ſey. S. Averranii Interpretat. juris Lib. I. Cap. XI. Num. IV — VI. Doch warum ſoll dieß Wort hier nicht in ſeiner allgemeineren Bedeutung verſtanden werden, die doch oft genug in unſern Rechtsquellen zur Anwendung kommt. — Uebrigens ſteht tuebitur hier paſſiv, wie nicht ſelten bei den juriſtiſchen Schriftſtellern, ſeltener ſchon bei andern Klaſſikern. S. Brissonius de V. S. v. *tueri* §. 2. Cujacius ad L. 17. D. *de injusto* etc. *testam.* (opper. prior. Tom. I. p. 1110.)

22) In der Hauptſache ſtimme ich auch in der Erklärung der L. 17. D. *de injusto* etc. *testam.* mit Francke a. a. O. S. 109 fg. überein. Gegen dieſe Interpretation erklärt ſich der Recenſent von Francke a. O. S. 236, welcher mit den meiſten Auslegern annimmt, daß hier von einer sec. tabb. B. P. der eingeſetzten Erben die Rede ſey, übrigens mit Recht es rügt, daß Francke die eingeſetzten Brüder ohne Beweis für Civilerben erklärt (S. 110.), was er freilich ſelbſt ſpäter wieder zu bezweifeln ſcheint (S. 151.).

dies auch oben ſchon bemerkt werden mußte) keineswegs Vortheile, ſie beſchränkte vielmehr ihr Erbrecht, indem ſie dadurch von ſelbſt zur vollſtändigen Auszahlung der Vermächtniſſe verpflichtet wurden. Die Billigkeit, welche hier die Wirkungen des ſtrengen Rechts beſchränken ſoll, kann daher (wie ſich auch aus dem ganzen Zuſammenhange der Stelle ergiebt) nur auf die Vermächtnißnehmer gehen; und damit verhält es ſich auf folgende Art. Durch die Präterition des Hausſohnes wird nach den Grundſätzen des Civilrechts das ganze Recht aus dem Teſtamente vernichtet, oder die Inteſtaterbfolge eröffnet, alſo auch für die eingeſetzten Erben ſelbſt, wenn dieſe mit dem Präterirten zur Inteſtaterbſchaft berufen ſind. Und da dieſem die contra tabulas b. p. gegen das väterliche Teſtament zuſteht, ſo iſt ſie auch ſeinen eingeſetzten Brüdern eröffnet [23]), welche indeſſen, ſie mögen sui heredes ſeyn, oder nur prätoriſche Notherben, gewiſſen Perſonen (Deſcendenten, Aſcendenten, der Gattin und der Schwieger-Tochter oder Enkelin, und zwar dieſen in Anſehung deſſen, was ihnen hinſichtlich ihres Rechts auf die dos hinterlaſſen iſt [64]) die Vermächtniſſe auszahlen müſſen [25]). Dem präterirten suus ſelbſt, auch wenn er nicht ſein civiles Inteſtaterbrecht geltend macht, ſondern die contra tab. b. p. nachſucht, liegt dieſe Verbindlichkeit nicht ob, und wenn ne-

23) L. 3. §. 11. D. *de bon. possessione contra tabulas* — Plane si alius committat edictum, et ipse ad contra tabulas bonorum possessionem admittetur.“ L. 10. §. fin. *eod.*

24) L. 1. pr. *de legatis praestandis contra tabb. B. P. petita* (XXXVII, 5.).

25) L. 14. §. 1. L. 15. pr. in f. u. §. 1. D. *de legatis praeſtandis* etc. — Foerster l. l. p. 439. Nr. I.

ben ihm ein emancipirter Sohn präterirt iſt, auch dieſem nicht, ungeachtet er, wenn er allein präterirt wurde, ſtets die Vermächtniſſe an die genannten Perſonen zu zahlen hat [26]). Wo ſich nun dieſe Verbindlichkeit findet, da kann ſie auch durch die Erklärung nicht umgangen werden, daß man die contra tab. b. p. nicht nachſuchen, ſondern die Erbſchaft ab intestato beſitzen wolle [27]); und iſt der nächſte Inteſtaterbe allein eingeſetzt, ſo muß er, wenn er auf das teſtamentariſche Erbrecht Verzicht leiſtet, um das Vermögen ungekürzt als Inteſtaterbe zu erhalten, die geſammten Vermächtniſſe (alſo ohne Beſchränkung auf die obigen Perſonen) leiſten. — Dies Recht iſt es denn, welches Papinian (in der L. 17. D. *de inj.* etc. *test.*) ex aequo et bono auch auf den Fall bezieht, wenn von mehreren Notherben einer präterirt, der andere eingeſetzt iſt, und dieſer nun das Ganze, nicht eigentlich durch das Teſtament des Vaters, ſondern nur in Folge der Verzichtleiſtung ſeines Bruders erhält: er ſoll, wie wenn er die Erbſchaft aus dem Teſtament angetreten hätte, die ſämmtlichen Legate auszahlen müſſen [28]). Beſtimmter äuſſern ſich hierüber ſchon Ulpian und Paulus. „*Nonnunquam*“ (ſagt der erſtere) „*contra tabulas bonorum possessionem quis habet jure secundum tabulas bonorum possessionis*: utputa heres institutus est emancipatus filius, alius eman-

26) L. 15. pr. u. §. 1. in f. *de legatis praestandis* etc.

27) L. 6. §. 9. L. 23. D. *si quis omissa causa testamenti* etc.

28) Im Weſentlichen findet ſich dieſe Anſicht auch ſchon bei früheren Schriftſtellern, z. B. bei *Ant.* Faber Conjecturarum Lib. IX. Cap. XIV. p. 271., auch bei Dernburg Beiträge zur Geſchichte d. röm. Teſtamente S. 226 — 228. Note 23.

cipatus praeteritus; institutus accepit contra tabulas bonorum possessionem, praeteritus omisit. Apertissimum est, ut cogatur omnibus perinde legata praestare, atque si commissum edictum non fuisset; nec enim occassio emancipati praeteriti debet institutum lucro afficere, quum praeteritus jure suo non utatur" [29]. Und in ähnlicher Art Paulus: „Si unus emancipatus heres scriptus sit, alter praeteritus, et — — — — — solus heres institutus contra tabulas bonorum possessionem acceperit, *omnibus debebit legata praestare, perinde atque si adiisset hereditatem*" [30].

Wie nun aber, wenn ein suus präterirt und ein gleich berechtigter Notherbe (einerlei ob ein suus oder emancipirter) eingeſetzt iſt, und jener weder auf ſein Recht verzichtet, noch contra tabb. B. P. agnoscirt? Alſo: er läßt die Zeit verfließen, binnen welcher er ſie nachſuchen konnte, oder auch, er geht mit Tode ab, ehe er ſich erklärt hat. Daß in beiden Fällen die sec. tabb. B. P. agnoscirt werden könne, iſt auſſer aller Frage. Denn: „Quodsi tempus fuerit finitum, aut ante decesserint, vel repudiaverint, vel jus petendae B. P. amiserint, tunc revertetur B. P. ad scriptos" [31]. Aber wie verhält ſich hier dies Recht zu dem civilen Inteſtaterbrecht des präterirten suus? Denn dieſer erwirkt die Erbſchaft ipso jure und ſelbſt ohne den Anfall zu kennen [32]; er transmittirt daher auch dies Recht, wie

29) L. 14. pr. D. *de legatis praestandis* etc.

30) L. 15. §. 1. D. *de legatis praestandis* etc.

31) L. 2. pr. D. *de B. P. sec. tabb.*

32) L. 1. §. 7. D. *si quis omissa causa testamenti* etc. (XXIX, 4.). L. 14. D. *de suis et legitimis.*

alles Uebrige, was zu ſeinem Vermögen gehört, auf ſeine Erben [33]. Fragt man hierbei nur nach dem, was eine ſtrenge Conſequenz mit ſich bringt, ſo iſt die Antwort: es tritt die reine Inteſtaterbfolge ein [34]; die dem eingeſetzten Erben ertheilte sec. tabb. B. P. iſt wirkungslos, und eben ſo wenig kann er gezwungen werden, dieſe, oder auch die contra tabb. B. P. zu agnosciren, noch, wenn er ſich als Inteſtaterben gerirt, die Vermächtniſſe zu zahlen, da es hier ja nicht durch ſeinen Willen zur Inteſtaterbfolge kommt [35]. Indeſſen ſtimmt dieß Reſultat mit dem prätoriſchen Erb-Syſtem nicht überein. Iſt einmal dem eingeſetzten Erben eine contra tabb. B. P. angeboten, ſo verbleibt ihm das Recht auf dieſelbe, auch wenn der präterirte Erbe ſie nicht agnoſcirt, und darum muß er entweder davon Gebrauch machen, oder doch die Vermächtniſſe erfüllen, er mag ſich nun an die Inteſtaterbfolge anſchließen, oder sec. tabb. B. P. agnoſciren. Sehr beſtimmt äuſſert ſich hierüber Ulpian in der L. 16. D. *de legatis praestandis, contra tabb. B. possessione petita:* „Si duo proponantur esse, unus in potestate praeteritus, alius emancipatus institutus, apparet, commissum esse edictum per eum, qui in potestate est. Et si ambo petiissent contra tabulas bonorum possessionem, is quidem, qui in po-

33) L. 1. §. 8. D. *de collatione bonorum* („Quodsi ante acceptam B. P. decesserit suus, heredem ejus Praetor tueri debebit, pro ea parte, qua heres scriptus fuit is, qui in potestate erat, non tamen ultra virilem"). — L. 3. Cod. de jure deliberandi.

34) arg. L. ult. D. *h. t.*

35) L. 1. pr. D. *si quis omissa causa testamenti* etc. (XXIX, 4.).

testate remansit, quum rem ab intestato habeat, non praestabit liberis et parentibus legata; emancipatus vero numquid nec ipse praestat? quia ei rem aufert, qui praestaturus non erat, si solus esset [36]. Sed verius est, vel hunc saltem debere liberis et parentibus praestare legata. Proinde si contra tabb. non accepit, dicendum est, tuendum eum in partem, et utique liberis parentibusque legata praestaturum [37].“ Ob in dieſem Falle ſämmtliche Legate gezahlt werden müßten? war unter den römiſchen Juriſten beſtritten. Ulpian bejahet auch dieſes, indem er ſo fortfährt: „Sed an et omnibus? dubito; tamen quia plena fruatur voluntate, plenum etiam obsequium praestare testatoris judicio pro sua parte debet [38].“ Eine genauere Erörterung dieſer Lehre, ſo wie überhaupt des Verhältniſſes zwiſchen der prätoriſchen und civilrecht-

36) d. h. es concurrirt der Emancipirte mit dem, welcher, wenn er allein wäre, das Ganze ab intestato haben würde. Auf dieſen nämlichen Grund, den hier Ulpian für unzulänglich erklärt, ſtützt Paulus die Entſcheidung, daß der Emancipirte, wenn er ſelbſt präterirt iſt, auch den exceptis personis die Vermächtniſſe nicht zahlen dürfe. L. 15. pr. D. *de legatis praestandis* etc.: „quia fratris aufert partem dimidiam, quum, et si hic non peteret, suus solus rem habiturus esset.“

37) v. Löhr Bemerkungen über die B. P., in ſeinem und Grolmans Magazin f. Rechtsw. u. Geſetzgebung Bd. III, Nr. VIII. S. 318 ff.

38) In einer andern Stelle (L. 5. §. 8. D. *de legatis praestandis* etc.) ſcheint Ulpian das Gegentheil anzunehmen. Eben ſo Paulus (L. 15. §. 1. *eod.*), wogegen wieder Africanus ſich dafür entſcheidet, daß der Eingeſetzte, welcher nicht die durch einen andern ihm möglich gemachte contra tabb.

lichen Erbfolge gehört nicht hieher. Genug, wir erblicken hier eine Miſchung des teſtamentariſchen und geſetzlichen Succeſſionsrechts: das Inteſtaterbrecht des civilrechtlichen Notherben wird reſpectirt, zugleich aber der ausgeſprochene Wille des Teſtirers in Schutz genommen, ſofern der eingeſetzte Erbe ihn anerkannt hat, oder doch von dem durch Verletzung des Notherbenrechts auch ihm eröffneten vortheilhafteren Rechtsmittel keinen Gebrauch macht [39].

B. P. annimmt, ſondern aus dem Teſtamente ſuccediren will, die Legate vollſtändig bezahlen müſſe (L. 14 pr D. *de B. P. contra tabb.*). Ueber die Auslegung und Vereinigung dieſer Stellen iſt von jeher viel Streit geweſen. M. ſ. namentlich die Accurſiſche Gloſſe ad L. 5. §. 8. D. *de legatis praestandis* etc., (welche den Erklärungsgrund dieſer Verſchiedenheit darin findet, daß in dem *einen* Fall ein suus, in dem andern ein Emancipirter präterirt worden ſey); Cujacius ad L. 14. D. *de legatis praestandis* etc. (opp. post. ed. Par. Tom. IV, p. 56.) u. Observatt. L. III. Cap. XX. *Cl.* Chifletius de jure fideicommissorum Lib. III. Cap. XI. (in Otto's Thesaur. Tom. V. p. 834 fg.). *A.* Faber Conjectur. Lib. V. Cap. XIII. *Jos. Fernandez* de Retes Adversaria ad Tit. de B. P. contra tabb. et de legatis praestandis Cap. IX in *Ger.* Meermani Thesauro jur. civ. et canon. Tom. VI. p. 510 squ.). Foerster l. l. Partic. II. §. 162 — 166. p. 449. sqqu. Franke a. a. O. §. 13. S. 150 — 156. (welcher geneigt iſt, die Schlußworte der L. 16 cit. für einen Zuſatz Tribonians zu halten).

39) Es beſtehen alſo hier die Wirkungen der sec. tab. B. P., und die der contra tabb. B. P. eines präterirten Notherben neben einander; oder wie Africanus (L. 14. pr. D. *de B. P. contra tabb.*) ſagt: „Praetor eum, qui heres institutus adierit, in eam partem, qua scriptus

Iſt dagegen überall kein Notherbe eingeſetzt, ſo tritt die civilrechtliche Nichtigkeit mit voller Strenge ein. — Ein Enterbter wird nicht zur contra tabb. B. P. zugelaſſen, auch wenn dieſelbe durch einen andern eröffnet iſt [40]. Daraus folgt denn, daß, wenn es einer contra tabb. B. P. zu Reſciſſion des Teſtaments bedarf (alſo der Präterirte ein Emancipirter iſt), auch das Recht daraus nur dem bon. possessor zu ſtatten kommen kann; mithin erhält derſelbe die Erbſchaft allein, wenn gleichberechtigte Inteſtaterben rechtmäßig enterbt ſind [41]. Allein

est, tueri debet"); was auch bisweilen ſo ausgedrückt wird: dem eingeſetzten Erben wird die ihm im Teſtament beſtimmte Erbportion conſervirt, ungeachtet es zur contra tabb. B. P. kommt, oder doch ein Recht dazu vorhanden iſt (L. 5. §. 6. u. 8. D. *de legatis praestandis* etc.) Auf ähnliche Weiſe wird in einem anderen, nicht hieher gehörigen Falle geſagt: es werde der, welcher sec. tabb. B. P. angenommen, in der Art als Erbe behandelt, wie wenn er contra tabb. B. P. agnoscirt hätte; („tuendus erit a Praetore in tantum, quantum fieret, si contra tabb. B. P. accepisset") L. 3. §. 13. D. *de B. P. contra tabb.* Vgl. auch Cujacius ad L. 14. D. *de legatis praestandis* etc. (opp. poster. Tom. IV. p. 56.). Oder auch umgekehrt, es wird eine contra tabb. B. P. mit dem Rechte der sec. tabb. B. P. gegeben. S. L. 14. pr. D. *de legatis praestandis* etc. (Note 29.) — Bluntſchli Erbfolge gegen den letzten Willen S. 77. Francke a. a. O. S. 139 fg.

40) L. 8. pr. L. 10. §. 5. D. *de B. P. contra tabb.* — Foerster l. l. Partic. II. §. 132. p. 399 sqq.

41) L. 10. §. 4. D. *de B. P. contra tabb.* L. 20. pr. *eod.* („Filium, quem in potestate habebat, exheredavit, emancipatum praeteriit; — — emancipatus — petens contra tabb. B. P. solus habebit bonorum possessionem). — Averanius Interpret. iur. Lib. I. Cap. VII. Nr. 14. —

iſt ein suus präterirt und neben ihm ein gleichberechtigter Notherbe (gleichviel ob suus oder emancipirt) enterbt, ſo tritt nunmehr die reine Inteſtaterbfolge ein, folglich concurrirt der Enterbte zur Verlaſſenſchaft mit dem Präterirten: „Si filio emancipato exheredato, is, qui in potestate est, praeteritus sit, ipse quidem emancipatus si contra tabulas petat, nihil agit, *ab intestato autem et suus, et emancipatus venient*“, — ſagt Marcian in der L. ult. D. *h. t.*; und auf gleiche Weiſe Ulpian (L. 1. §. fin. D. *si tabulae testamenti nullae extabunt* (XXXVIII, 6.): „Si emancipatus filius exheres fuerit, is autem, qui in potestate fuerat, praeteritus, emancipatum petentem ab intestato bonorum possessionem unde liberi tueri debet Praetor usque ad partem dimidiam, perinde atque si nullas tabulas pater reliquisset“[42]).

Bisher war von dem formellen Notherbenrecht der Hausſöhne die Rede. Töchter und Enkel, welche der Gewalt des Teſtirers unmittelbar unterworfen waren, hatten zwar auch Notherbenrecht, aber es war zum Rechtsbeſtande des Teſtaments nicht erfoderlich, daß ſie förmlich eingeſetzt oder enterbt ſeyen. Umging der Erblaſſer ſie ganz mit Stillſchweigen, ſo accreſcirten ſie den eingeſetz-

Ein hieher nicht gehöriger Fall, in welchem auch der auf rechtsbeſtändige Art Enterbte ſeinen Inteſtaterbtheil bekommt, iſt, wenn die eingeſetzten Erben die Erbſchaft ausſchlagen, „quum exheredatio non adita hereditate ex testamento nullius sit momenti“, wie Tryphonin L. 20. pr. D. *de B. P. contra tabb.* ſagt.

42) Foerster l. l. §. 133. Francke a. a. O. S. 141. — Vgl. Bd. XXXV. d. Comment. §. 1421. e. Note 11.

ten Erben, und zwar auf einen Kindestheil, wenn andere sui, auf die Hälfte, wenn Fremde eingeſetzt waren.

Ulpiani Fragm. Tit. XXII. §. 17. „Reliquae vero personae liberorum, velut filia, nepos, neptis, si praeteritae sint, valet testamentum, scriptis heredibus adcrescunt, suis quidem heredibus in partem virilem, extraneis autem in partem dimidiam“ [43]).

Wenn alſo z. B. drei Söhne zu gleichen Theilen eingeſetzt und eine Tochter oder ein Enkel präterirt waren, ſo zerfiel die Erbſchaft in 4 Theile, wovon der Präterirte einen bekam; waren drei Fremde eingeſetzt, ſo erhielten dieſe zuſammen ½ und der Präterirte die andere Hälfte [44]); mehrere Enkel oder Töchter konnten in dieſem Falle zuſammen genommen natürlich auch nicht mehr als dieſe Hälfte erhalten.

Ueber die Frage: ob mehrere zu einem Stamme gehörige Enkel gemeinſchaftlich nur eine Virilportion erhielten, wenn ſie eingeſetzten suis accrescirten, oder ob jeder derſelben einen vollen Kindestheil in Anſpruch nehmen durfte? fehlt es an näherer Beſtimmung. Doch iſt jenes nicht zu bezweifeln, da dies die allgemeine Norm für die civilrechtliche, wie für die prätoriſche Inteſtaterbfolge und nicht minder für die contra tabb. B. P. war [44]); eben ſo wenig iſt ein Grund zu der Annahme vorhan-

43) S. auch *Gaji* Inst. II. 124. (Epitome Lib. II. Tit. III. §. 1. u. Pr. Inst. *de exheredatione liberorum*). L. Rom. Burgund. Tit. XLV. Nov. Majoriani Tit. VI. §. 3. in f. L. 4. Cod. *de liberis praeteritis*.

44) *Gaji* Inst. II. 124. Theophil ad pr. Inst. *de exheredat. liberor.*

den, daß die Präterirten zuſammen genommen (z. B. Tochter und Enkel, oder Enkel verſchiedener Stämme) nur eine Virilportion erhalten hätten [46]. Zweifelhafter iſt es aber, wie es gehalten wurde, wenn die sui zu verſchiedenen Theilen eingeſetzt waren; z. B. von zweien der eine (A) auf 4, der andere (B) auf 8 Unzien (Zwölftheile). Förſter nimmt an, daß hier der Präterirte ſich an Beide habe halten, alſo vom A $1\frac{1}{3}$ Unzien, vom B $2\frac{2}{3}$ vindiciren müſſen, ſo daß mithin der wirkliche Erbtheil des A $2\frac{2}{3}$ Unzien, des B $5\frac{1}{3}$ Unzien betragen und das übrige Drittheil des Ganzen der Präterirte erhalten habe [47]. Allein der bei dieſem ganzen Rechte beabſichtigten Gleichheit iſt dies ſchwerlich gemäß; mit dieſer verträgt es ſich nicht, daß der, welchem das Geſetz eine Virilportion zuwendet, den geſetzlichen Erbtheil ſeiner Miterben ſchmälere. Wäre einer der Teſtamentserben auf noch weniger als ſeine Inteſtatportion (z. B. auf den Pflichttheil) eingeſetzt, ſo würde die dadurch bewirkte Ungleichheit freilich durch Anwendung der geſetzlichen Billigkeit nicht entfernt werden können. Aber dadurch iſt ihm ja doch keineswegs das Recht entzogen, eine offenbar unbillige Klage zurückzuweiſen; unbillig iſt ſie, weil den Inteſtaterbtheil, welchen das Accreſcenzrecht dem Präterirten gewähren ſollte, nicht derjenige beſitzt, welcher ja ſelber nur hat, was ihm gebührt, ſondern der begün-

45) §. 6. Inst. *de hereditatibus quae ab intestato def.* L. 1. C. *unde liberi.* (VI. 14.) L. 11. §. 1. D. *de B. P. contra tabb.*

46) Dieß glaubt Foerster l. l. Partic. I. §. 29. p. 88. S. dagegen Bluntſchli a. a. O. S. 38.

47) Foerster l. l. p. 88. in f. sq.

ſtigte Miterbe, an den der Kläger auch ſchon nach der Analogie deſſen, was von der hereditatis petitio partiaria gilt [48]), zu verweiſen ſeyn möchte.

Ich würde kein Bedenken tragen, den Fall eben ſo zu entſcheiden, wenn sui neben Extraneis eingeſetzt ſind, d. h., in ſoferne die Erſten nicht mehr als ihren Inteſtaterbtheil haben, die Klage des Präterirten nur gegen die Fremden geſtatten. Indeſſen ſteht hiermit eine Stelle aus Paulus Sententiae receptae (die einzige uns bekannte, welche dies Verhältniß berüht) im Widerſpruch. Sie lautet ſo: „Filio et Extraneo aequis partibus heredibus institutis, si praeterita accrescat, tantum suo avocabit, quantum Extraneo. Si vero duo sint filii instituti, suis tertiam, extraneis dimidiam tollit“ [49]). Der Grundſatz: den Fremden accrescirt der Präterirte zur Hälfte; den suis zu einer Virilportion, wird hier alſo mit einer Conſequenz zur Anwendung gebracht, welche im praktiſchen Reſultat offenbar zu einer Inconſequenz führt, denn ſie vernichtet das Princip der Gleichheit, worauf dies ganze jus accrescendi beruht, indem hiernach der Präterirte ſtets mehr bekommt, als der eingeſetzte suus. Iſt ein suus mit einem extraneus eingeſetzt, ſo nimmt der Präterirte jedem die Hälfte ihres Erbtheils weg; ſind mehrere sui neben extraneis eingeſetzt, ſo bekommt er eine Virilportion von dem Erbtheil, auf welchen die sui im Ganzen angewieſen ſind, und auſſerdem noch die Hälfte von dem Erbtheile der extranei! So wird die Stelle ganz allgemein, und, wie ich feſt glaube, mit Recht, von den früheren Aus-

48) L. 1. §. 3. D. *si pars hereditatis petatur* (V. 3.) S. Bd. VIII. d. Commentars §. 572. S. 3 fgg. Nr. 3.

49) *Pauli* Sent. rec. Lib. III. Tit. IV. B. §. 8.

legern verſtanden [50]). Anders interpretirt jetzt Bluntſchli [51]). Nach ihm ſoll Paulus in dem erſten Theile der Stelle ſagen: die Tochter nimmt von den suus und von dem Fremden gleichviel weg, ſo daß ſie von der ganzen Erbſchaft nur eine Virilportion bekommt. „Die Erbſchaft war in zwei gleiche Theile zerlegt. Jetzt kommt die Tochter hinzu, und es muß ein dritter Theil gemacht werden für dieſe. Der Sohn hatte $^6/_{12}$, der Fremde ebenfalls $^6/_{12}$. Nun nimmt die Tochter von jedem gleichviel weg, alſo $^2/_{12}$. So erhält ſie $^4/_{12}$, und jeder der beiden andern ebenfalls $^4/_{12}$.“ Den zweiten Theil der Stelle (welcher von dem Falle handelt, wenn mehrere sui neben mehreren Fremden eingeſetzt ſind,) weiß er freilich mit ſeiner Annahme nicht zu vereinigen, und ſucht ſich daher durch die Vorausſetzung zu helfen, daß hier etwas ausgefallen ſey; was? erfahren wir indeſſen nicht. So lange aber nicht nachgewieſen wird, daß die Stelle vom Paulus interpolirt oder verſtümmelt ſey, muß man dieſe Erklärung für eine ſehr willkührliche halten. Sie iſt offenbar durch das Beſtreben veranlaßt, die ältere römiſche Jurisprudenz gegen den Vorwurf der Unbilligkeit, der Inconſequenz und des Mangels an praktiſchem Takt in Schutz zu nehmen [52]). Allein vergeſſen iſt dabei, daß das römiſche Recht ſich durch ein regelmäßiges Fortſchreiten bei Zahlenbeſtimmungen keineswegs vortheilhaft auszeichnet [53]). Wenn aber

50) S. Schultingii jurispr. vet. antejust. p. 97 nota 9. u. p. 348. not. 24. 25. Vinnius ad Pr. Inst. *de exhered. liberor.* Nr. III. IV. Foerster l. l. Partic. I. §. 30. p. 89 sq.

51) a. a. O, S. 39—42.

52) a. a. O. S. 40.

53) Man denke z. B. nur an die Beſtimmung der L. Furia

Bluntſchli ſich auch noch darauf beruft, daß, habe jene Unbilligkeit je gegolten, die Juriſten irgend ein Rechtsmittel erfunden haben würden, um einer ſo ſchreienden Ungerechtigkeit zu begegnen, — ſo fand die Praxis hier in der That auch ein ſolches Mittel, in der prätoriſchen contra tabb. B. P., welcher das jus accrescendi fremd war [54]), bis der K. Antonin es wieder einmengte [55]).

Das Accrescenzrecht der Töchter und Enkel konnte aber auch durch eine exheredatio inter ceteros (d. i., durch die Formel: Ceteri exheredes sunto [56]) ausgeſchloſſen werden [57]); nur mußte der Teſtirer ihnen ein Legat hinterlaſſen [58]) (ohne Zweifel vermittelſt perſönli-

Caninia (Gajus I. 45. *Ulpianus* I. 24.), ferner an die Vorſchrift über das tempus excusationis wegen Uebernahme einer Vormundſchaft (§. 16. Inst. *de excusat. tutor. et curat.*), an die Wirkungen des jus accrescendi der Erben in Beziehung auf die quarta Falc. (L. 21. §. 1. L. 78. D. *ad Leg. Falcid.* (XXXV. 2.) u. ſ. w. Vgl. auch Schrader Abh. aus dem Civilr. I. Bd. N 5. S. 165 fgg.

54) *Gaji* Inst. II. §. 125.

55) *Gaji* Inst. II. §. 126. L 4. pr. C. *de liber praeter.* Foerster l. l. Partic. I. §. 31. p. 90 sq. — Von dieſem allen kann hier übrigens noch nicht näher gehandelt werden.

56) S. oben S. 306 fgg.

57) *Gaji* Inst. II. §. 128. III. 66. *Ulpiani* Fragm. XXII. 20. Pr. Inst. *de exhered. liberor.* u. die Paraphraſe bei Theophilus.

58) *Ulpiani* Fragm. XXII. 21, 22. Die Nothwendigkeit, den inter ceteros Enterbten ein Vermächtniß auszuſetzen, iſt nur in Beziehung auf die Poſtumen ausgeſprochen. Daraus ſchließt mit Andern Vinnius ad §. 1. Inst. *de exher. liberor.*, daß ſie ſich auch nur auf dieſe beſchränkt habe

cher Bezeichnung), damit es nicht an der Ueberzeugung fehle, daß keineswegs nur Vergeſſenheit dabei zu Grunde liege [59]). Auch blieb ihnen alsdann immer noch die Anfechtung des Teſtaments und die querela inoff. test. möglich, wenn ihnen das Vermächtniß ihren Pflichttheil nicht gewährte [60]).

Manches Eigenthümliche hatte das förmliche Notherbenrecht der Poſtumen. Es iſt ſeinen weſentlichſten und ſchwierigſten Puncten nach ſchon oben bei Erklärung der L. *Gallus* (§. 29.) D. h. t. zur Sprache gekommen. Hier iſt darüber nur noch folgendes zu bemerken:

1) die Agnation eines postumus suus rumpirte ſtets das Teſtament, wenn der postumus nicht eingeſetzt oder enterbt war; in dieſer Beziehung fand alſo kein Unterſchied zwiſchen Deſcendenden männlichen und weiblichen Geſchlechts, ſo wie zwiſchen Deſcendenten des erſten und der folgenden Grade Statt [61]).

Indeſſen ſagt Ulpian allgemein: „dummodo inter ceteros exheredatis aliquid legetur.“ Auch iſt es ja überhaupt bei den Alten nicht ungewöhnlich, eine allgemeine Regel an eine ſpecielle Anwendung anzuknüpfen.

59) §. 1. Inst. *de exhered. liberor.*; und („ne viderentur praeteritae esse per oblivionem“). — S. auch oben S. 152. Note 38. 39.

60) L. 4. C. *de liberis praeter.* — Vinnius ad §. 1. Inst. *de exher. liberor.* Nr. 5. — Vgl. Bd. XXXV. d. Comment. §. 1421. d. S. 324, Note 52.

61) *Gaji* inst. II. §. 130 sqq. *Ulpiani* Fragm. XXII. 18. §. 1. u. 2. Inst. *de exher. liberor.* L. 13. D. *de injusto* etc. *test.* — Vinnius ad §. 1. *ej. Tit.* Nr. 1. Foerster l. l. Partic. I. §. 45. p. 125 sqq. — Wenn übrigens Bluntſchli meint, man dürfe nicht ſagen: „postumi müſſen ent-

2) Auch in Anſehung der Art, wie die Einſetzung ausgeſprochen werden mußte, war kein Unterſchied vorhanden; es genügte für alle Fälle die Einſetzung mittelſt einer generellen Formel (quisquis mihi natus erit u. a. m.), wenn nur die Worte den wirklich eingetretenen Fall der agnatio postumi mit umfaßten [62]. Dagegen was die Enterbung anbetrifft, ſo fand ſich dabei ein Unterſchied, gewiß zwiſchen Söhnen und Töchtern; von jenen heißt es auch hier, ſie ſeien nominatim zu enterben, für Töchter genüge eine exheredatio inter ceteros mit Hinterlaſſung eines Vermächtniſſes [63]. Unter nominatim exheredare wird hier übrigens nicht die individuelle Bezeichnung der enterbten Perſonen verſtanden, ſondern nur eine beſtimmte, wenn auch allgemeine Erklärung, im Gegenſatze der exheredatio inter ceteros: masculos postumos, i. e. filium et deinceps, placuit, non aliter recte exheredari, *nisi nominatim exheredentur, hoc* sc. *modo*: *quicunque mihi filius genitus fuerit ex-*

weder eingeſetzt oder enterbt werden, ſonſt zerſtören ſie das Teſtament durch ihre Geburt; ſondern vielmehr: ſie zerſtören daſſelbe eigentlich immer; nur wenn ſie eingeſetzt oder enterbt ſind, ſo wird ſeine Kraft erhalten", — ſo kann dies nicht zugegeben werden. Schon aus der einzigen L. 29. D. *h. t.* ergiebt ſich, daß die gehörige Berückſichtigung der Poſtumen das Rumpiren verhütete, und namentlich heißt es ja: legem Vellejam multos casus rumpendi abstulisse. Bluntſchli's Ausdruck kann man nur von den Fällen gebrauchen, wo ein Teſtament nach Civilrecht ungiltig iſt, aber durch eine wirkſame B. P. bei Kräften erhalten wird.

62) S. z. B. L. 29. §. 6. in f. D. *h. t.* L. 10. *eod.* u. a. Vgl. oben S. 202. Nr. 3.

63) *Ulpiani* Fragm. XXII. 21. §. 1. Inst. *de exher. liberor.*

heres esto“ [64]). Ob aber auch nachgeborne oder nachrückende Enkel männlichen Geſchlechts inter ceteros enterbt werden konnten? iſt ſtreitig. Ulpian erklärt in den ſ. g. Fragmenten dieſe Enterbung der Theorie nach für zuläſſig, meint aber, es ſey ſicherer und auch gebräuchlicher, die Enkel beſtimmt auszuſchließen: „Nepotes et pronepotes ceterique masculi postumi praeter filium, vel nominatim, vel inter ceteros cum adjectione legati sunt exheredandi; sed tutius est tamen nominatim eos exheredari: et id observatur magis“ [65]). Hingegen in den Pandekten laſſen die Compilatoren ihn ſo ſprechen: „Postumi per virilem sexum descendentes [66]) ad similitudinem filiorum nominatim exheredandi sunt, ne testamentum agnascendo rumpant“ [67]). Daß ein Streit hierüber unter den älteren Juriſten ſtattgefunden, die Praxis aber ſich für die zuletzt angeführte Meinung entſchieden habe, geht aus allen Aeuſſerungen deutlich hervor [68]). Vielleicht ſprach Ulpian die in den Fragmenten von ihm angedeutete Anſicht der Praxis un-

64) §. 1. in f. Inst. *de exher. liberor.* — Vgl. Schrader ad *h. l.*

65) *Ulpiani* Fragm. XXII. 22.

66) d. i. postumi virilis sexus, per virilem sexum descendentes, wie Ulpian Tit. XI. §. 4. ſagt. S. Bynckershoeck Observat. jur. Rom. Lib. VIII. Cap. XXIII. in f.

67) L. 3. pr. D. *de injusto* etc. *test.*

68) M. ſ. die Note 65. angeff. Stellen. In dem §. 1. Inst. in f. heißt es namentlich: „masculos vero postumos, i. e. filium et deinceps, *placuit* non recte exheredari, nisi nominatim exheredentur.“ Bekanntlich wird der Ausdruck *placuit* gerne in Beziehung auf diejenigen Rechtsſätze gebraucht, welche ſich unter dem Einfluß der Doctrin und Praxis ausbildeten. S. Brissonius de V. S. v. *placere.*

umwunden aus; vielleicht änderte aber Tribonian auch die L. 3. pr. D. *de injusto* etc. *test.* nach dem Rechte ab, was zu ſeiner Zeit entſchieden feſtſtand, — wie dieß nicht ohne Wahrſcheinlichkeit Cujacius vermuthet [69]. Für ganz mißlungen dagegen muß die Erklärung von Bynkershoek gehalten werden, daß Ulpian in den Fragmenten nur von nepotes non sui ſpreche [70]) Denn dieſe einzuſetzen oder zu enterben war ja überall nicht nöthig, wozu hätte es denn alſo einer Beſtimmung hierüber bedurft? [71]).

3) Der nicht gehörig berückſichtigte postumus zerſtört durch ſein Erſcheinen ein Anfangs giltiges Teſtament; dieſen Unterſchied zwiſchen einem testamentum nullum und ruptum hebt Ulpian ſehr beſtimmt hervor, wenn er ſagt: „apparet aliam causam esse filiorum superstitum, aliam postumorum; illi injustum ſaciunt, hi rumpunt; *illi semper*, *hi si nascantur*, *nec inveniant se exheredatos*“ [72]). Darum wird das Recht der teſtamentariſchen Erben einſtweilen ſuſpendirt, wenn ein Poſtumus erwartet wird. Erſcheint er nicht, oder, was einerlei iſt, wird er tod geboren, ſo bleibt das Teſtament auch nach Civilrecht bei Kräften [73]); lebt er aber auch nur einen Moment, ſo iſt es wirkungslos [74]), und

69) Cujacius ad L. 4. D. *h. t.* (opp. prior. ed. Par. p. 1081.) Ihm folgt Vinnius ad §. 1. Inst. *de exher. liberor.* Nr. 3.

70) Bynkershoek Observ. Lib. VIII. Cap. XXIII.

71) Mit Recht fällt Schrader ad d. Tit. Inst. §. 1. hierüber das Urtheil: „parum probabilia sunt apud Bynkersh.“

72) L. 3. §. 3. D. *de injusto* etc. *test.*

73) L. 84. D. *de adquir. vel omitt. hereditate* (XXIX. 2.) L. 3. u. 4. C. *h. t.* (VI. 29.)

74) L. 2. C. *h. t.*

ſeine Erben erhalten nunmehr die väterliche Verlaſſenſchaft, wenn der Poſtumus erſt nach dem Tode des Vaters zur Welt kam [75]). Einen Streit der Schulen darüber: Von welcher Beſchaffenheit die Kennzeichen des Lebens geweſen ſeyn müßten, damit eine Ruption des Teſtaments eintrete, entſchied Juſtinian dahin, daß hierauf nichts ankomme, wenn nur die lebendige Geburt des Poſtumus erweislich ſey [76]). — Es vernichtet aber die Ruption das Teſtament nach Civilrecht ſo vollſtändig, als wenn ein lebender Hausſohn präterirt iſt [77]); erſcheint indeſſen der Poſtumus beim Leben ſeines Vaters, und geht vor demſelben wieder mit Tode ab, ſo wird dem Teſtamentserben eine wirkſame secundum tabb. B. P. gegeben [78]).

Dieſe Bemerkungen genügen für diejenigen Unterſuchungen, welche in dem gegenwärtigen Titel noch zur Sprache kommen, einzelne hiermit in Verbindung ſtehende Fragen können erſt weiter unten (beim §. 1432) erörtert werden.

---

75) Francke Notherbenr. S. 114. a. E. fgg. — Daß übrigens, wenn die Erben des Poſtumus verzichten, die Teſtamentserben eine wirkſame sec. tabb. B. P. erhalten, iſt hier durchaus keinem Zweifel unterworfen. Vgl. die Erörterung über den Fall, wenn ein präterirter suus heres abſtinirt, oben S. 49 fgg.

76) L. 3. C. *h. t.* — Vgl. Bd. II. d. Comment. §. 115. S. 78 fgg. N. I. Dirkſen Beiträge zur Kunde d. röm. Rechts S. 64 fgg. Meine Doctr. Pand. Vol. I. §. 177. not. 4.

77) L. 1. Cod. *h. t.* L. 15. in f. D. *de injusto* etc. *test.*

78) L. 12. pr. D. *de injusto* etc. *test.* Vgl. oben S. 317.

Auſſer den oben vorgetragenen, das förmliche Notherbenrecht der Hausſöhne betreffenden Rechtsſätzen giebt es noch andere, welche, ihrem größten Theile nach wenigſtens, ſich ebenfalls auf die Einſetzung oder Enterbung eines Hausſohns beziehen. Indeſſen wurden ſie an dem früheren Orte übergangen, um nicht den dort beabſichtigten Zuſammenhang zu unterbrechen; auch bieten ſie bequeme Anknüpfungspunkte dar für manche allgemeinere Begriffe, welche zweckmäßig erſt nach den ſo eben abgehandelten Lehren erörtert werden.

I) über die Form der Erbeinſetzung erhält das römiſche Recht keine beſonderen Vorſchriften hinſichtlich der Notherben. Was für Andere nicht als wahre Erbeinſetzung beſtehen kann, gilt für jene als Präterition [79]. Zu der Zeit alſo, wo die Ernennung eines Erben noch an beſtimmte Formeln gebunden war [80], mußte dieſe auch hier angewandt werden, und als die Art des Ausdrucks bei der Erbeinſetzung überhaupt für etwas gleichgiltiges und willkührliches erklärt wurde [81], kam darauf auch

79) §. 12. Inst. *de hereditat. quae ab int. defer.* (— — „liberis praeteritis, i. e., neque heredibus institutis, neque ut oportet exheredatis). L. 16. §. 1. D. *de vulg. et pupill. substitutione* (XXVIII. 6.) (Vgl. L. 19. D. (*de heredib. instituendis*, XXVIII. 5.) — S. auch Bd. VII. d. Comment. §. 551. S. 201 flg. nr. 3.

80) *Gaji* Inst. II. 117. „solemnis autem institutio haec est: *Titius heres esto.* Sed et illa jam comprobata videtur: *Titium heredem esse jubeo.* At illa non est comprobata: *Titium heredem esse volo.* Sed et illae a plerisque reprobatae sunt: *Heredem instituo*, item: *heredem facio.* — Auf ähnliche Art äuſſert ſich auch noch Ulpian Tit. I. d. Fragmente.

81) L. 15. C. *de testamentis.* (VI. 23.)

für die Einſetzung von Notherben nichts mehr an. Nur muß der Wille des Teſtirers, alſo die Abſicht einer Erbeseinſetzung, deutlich erklärt ſeyn [82]); es muß ſich mit andern Worten ſeine Anordnung von einer bloßen Vermächtnißbeſtimmung unterſcheiden laſſen [83]). Erben und Vermächtnißnehmer ſind auch im neueren Rechte ſehr beſtimmt von einander geſchieden; wenn daher Julian ſagt: der Sohn, dem ſein Vater die Erbſchaft durch Fideikommiß zuwende, ſey für präterirt zu achten [84]), ſo gilt dieß Recht im Ganzen jetzt noch, da es unabhängig iſt von der Form oder dem Ausdruck der Einſetzung [85]).

82) „si modo per eam liquebit voluntatis intentio" heißt es in d. L. 15. C. *de testam.* — *Jo. Frid.* Wahl (resp. Harmes) D. de justa liberos heredes instituendi forma (Goett. 1751. §. 15. u. 17.

83) Die Streitigkeiten der neueren Juriſten darüber, ob es als Erbeseinſetzung gelten könne, wenn der Erblaſſer erklärt: er vermache ſeinem Notherben den Pflichttheil, oder derſelbe ſolle mit dem Pflichttheile zufrieden ſeyn, ſind bereits Bd. XXXV. d. Commentars §. 1421. d. S. 318—320. zur Sprache gekommen.

84) L. 27. §. 12. D. *ad Sct. Trebell.* (XXXV. 1.) „Qui rogatus est emancipato filio restituere hereditatem, cogi debet adire et restituere, *quamvis filius contra tabb. b. possessionem accipere possit.*"

85) Sancimus (ſagt Juſtinian Nov. 115. Kap. 3. pr.) non licere patri vel matri — — liberos praeterire — —, *nec si per quamlibet donationem vel legatum, vel fideicommissum, vel alium quemcunque modum eis dederint legibus debitam portionem.*" (S. Bd. XXXV. d. Comment. S. 317.). Doch auch ohne dieſe Vorſchrift würde gegen die Richtigkeit der im Text enthaltenen Bemerkung und der Schlußfolgerung, worauf ſie beruht, kein gegründeter Zweifel erhoben werden können.

Es ergiebt ſich hieraus, daß die Einſetzung eines Notherben auch nicht in einem Codicill geſchehen darf; denn „directo hereditas codicillis neque dari, neque adimi potest“ [86]). Auf indirectem Wege, nämlich als Fideikommiß (vermittelt durch die in einem ſolennen Teſtamente eingeſetzten, oder auch durch die Inteſtaterben) wird eine ſolche Einſetzung zwar aufrecht erhalten [87]); ſo iſt ja aber der Notherbe immer nicht gehörig berückſichtigt. Will Jemand ſeinem Notherben die Erbſchaft oder den ihm gebührenden Erbtheil durch Fideicommiß wirkſam zuwenden, ſo muß er ihn zugleich enterben [88]).

Daß der Notherbe ſeinen ganzen Erbtheil durch Einſetzung erhalte, iſt nicht nöthig [89]); d. h. für nichtig erklärt, oder durch contra tabb. B. P. angefochten wer-

86) §. 2. Inst. *de Codicillis*. L. 6. pr. L. 10. D. *de jure Codicillorum*. (XXIX. 7.)

87) L. 2. §. 4. D.. *de jure Codicill*. L. 76. D. *ad Sct. Trebellianum*. — Der in dieſen Stellen enthaltene Rechtsſatz wird in den Inſtitutionen auch ſo ausgedrückt: „nam per fideicommissum hereditas codicillis jure relinquitur.“ Das *nec* (ſtatt nam) bei Biener iſt höchſt wahrſcheinlich ein bloßer Druck- oder Schreibfehler, worauf ſchon der Umſtand hätte aufmerkſam machen ſollen, daß Biener eine in jedem Betracht ſo ſinguläre Lesart ſchwerlich in den Text aufgenommen haben würde, ohne ſeine Quelle zu nennen. Dennoch führen die neueren Editoren (Beck, Bucher, Kriegel, Boecking, Schrader) das nec jetzt als Variante an.

88) L. 18. D. *h. t.* „Multi non notae causa exheredant filios, nec ut eis obsint, sed ut eis consulant, utputa impuberibus; eisque fideicommissam hereditatem dant.“ Foerster l. l. Partic. I. §. 2. p. 41. in f. sq.

89) L. 29. §. 10. D. *h. t.* L. 8. §. 14. D. *de B. P. contra tabb.*

den kann deßhalb das Teſtament nie [90]), ſondern dem Verkürzten ſtehen alsdann nur die bekannten Rechtsmittel zu, (früher die quer. inoff. test., ſpäter die actio suppl. legitimam (§. 1421.)) Ferner leidet es, nach dem früheren Rechte wenigſtens, keinen Zweifel, daß die Einſetzung auch auf eine beſtimmte Sache oder Summe erfolgen könne [91]). Ob Juſtinian dieß abgeändert, ob er nämlich beſtimmt habe, daß Jeder, welcher neben andern Erben in re certa eingeſetzt wird, nur die Rechte eines Legatars haben könne [92]), iſt ſehr beſtrit-

90) Dagegen darf man ſich auch nicht auf die L. 8. §. 14. D. *de B. P. contra tabb.* berufen. Denn wenn es hier heißt: „Nam si ex parte minima sit heres institutus, non pro ea parte, qua institutus est, tuendus est commisso edicto, sed amplius per b. possessionem habere potest“; — ſo iſt hier die Rede von einer durch einen Andern eröffneten contra tabb. B. P., die nun freilich auch den Eingeſetzten zu ſtatten kommt. L. 3. §. 11. L. 8. §. 14. D. *de B. P. contra tabb.*

91) arg. L. 19. D. *h. t.* — — „quoniam nec fundi exheres esse jussus recte exheredaretur, *aliamque causam esse institutionis*, quae benigne acciperetur.“ — L. 1. Greg. Cod. *de familiae ercisc. et comm. divid.* (III. 4.) Hier iſt in Beziehung auf einen in re certa eingeſetzten Erben von der familiae erciscundae actio die Rede; ein Beweis, daß neben ihm noch ein Anderer eingeſetzt war. S. Hennemann. Ob ein in gewiſſer Sache eingeſetzter Erbe neben einem ohne gleiche Beſchränkung eingeſetzten als Legatarius anzuſehen ſey? (Schwerin 1790.) S. 8 fgg. Mit Unrecht beruft ſich aber Francke (Notherbenrecht S. 338.) auf die L. 35. pr. D. *de heredib. instit.*; eine Stelle, welche ganz deutlich den Fall betrifft, wo nur zwei Erben vorhanden, beide aber auf beſtimmte Sachen eingeſetzt waren.

92) Die betreffende Stelle iſt die L. 13. C. *de heredib. instit.*

ten [93]); doch darf hier nicht näher in dieſe Streitfrage eingegangen werden, da ſie ganz allgemein zu der Lehre von der Erbeinſetzung gehört (§. 1439).

Für eine giltige Erbeinſetzung des Notherben kann es aber nicht gehalten werden, wenn nicht er ſelbſt, ſondern derjenige eingeſetzt wird, durch welchen er erwirbt;

„Quoties certi quidem ex certa re scripti sunt heredes, vel certis rebus pro sua institutione contenti esse jussi sunt, *Quos legatariorum loco haberi certum est*, alii vero ex certa parte vel sine parte, qui pro veterum legum tenore ad certam unciarum restitutionem referuntur, eos tantummodo *omnibus hereditariis actionibus* uti vel conveniri decernimus, qui ex certa parte vel sine parte scripti fuerint, *nec aliquam deminutionem earundam actionum occasione heredum ex certa re scriptorum fieri*."

93) Die gemeine Meinung nimmt dieß an. Ich habe mich derſelben früher angeſchloſſen (Doctr. Pand. Vol. III. §. 666. not. 5.), bin aber nach wiederholter Erwägung der Gründe jetzt geneigt, der entgegen ſtehenden Anſicht den Vorzug zu geben. Gewiß iſt 1) daß Juſtinian nicht ſagen durfte: „quos legatariorum loco haberi *certum est*", wenn ſich dieſe Worte auf den im Eingange vorgetragenen Satz beziehen ſollen; 2) daß er ausdrücklich beſtimmt: die in re certa neben Anderen Eingeſetzten ſollen nur nicht alle erbſchaftlichen Klagen haben oder ihnen ausgeſetzt ſeyn, was füglich ſo verſtanden werden kann: die erbſchaftlichen Activ- und Paſſivklagen gehen ſie nichts an, ſoferne ſolche ſich auf die ihnen überwieſenen Sachen beziehen. (Hennemann a. a. O. S. 25—28). Nimmt man nun hiernach an, daß ein alſo Eingeſetzter im Allgemeinen nicht aufhöre Erbe zu ſeyn, ſo iſt durch eine ſolche Einſetzung auch dem förmlichen Notherbenrechte genügt. — Vgl. A. D. Weber zu Höpfners Commentar §. 494. Note 4. Francke a. a. O. S. 338 fg.

die Erbeseinſetzung muß alſo auf ſeine Perſon gerichtet ſeyn [94]). Dieſe Regel iſt zwar nirgends geradezu ausgeſprochen, indeſſen ergiebt ſie ſich durch einen Schluß vom Gegentheil ſehr deutlich daraus, daß die B. P. contra tabb. dem Notherben alsdann verſagt wurde, wenn er ſeinem Sclaven, welcher in dem väterlichen Teſtamente zum Erben eingeſetzt war, den Befehl zur Antretung gab [95]); in einem ſolchen Befehl liegt nämlich eine Anerkennung des Teſtaments [96]). Uebrigens konnte von der Anwendung dieſes Rechtsſatzes auf den Hausſohn früher nur die Rede ſeyn, wenn derſelbe ein von dem Vater nicht abhängiges Peculium beſaß, nach neuerem Rechte genügte es freilich ſchon, wenn in dem ſ. g. peculium adventitium des Sohnes Sclaven befindlich waren, da das Eigenthum an dieſem Peculium ja den Kindern ſelbſt zuſteht [97]).

Aus der Natur des förmlichen Notherbenrechts fließt von ſelbſt der Satz, daß die Einſetzung eines Hausſohns nicht unter einer, ganz oder theilweiſe vom Zufall abhängenden Bedingung (conditio casualis oder mixta) geſchehen kann [98]). Denn da hierin die ſtillſchweigende

94) Foerster l. l. P. I. §. 3. p. 43 sq.

95) L. 3. §. 15. D. *de B. P. contra tabb.*

96) Vgl. L. 8. D. *de bonis libertorum* (XXXVIII. 2.)

97) L. 6. u. 8. C. *de bonis quae liberis* (VI. 61.)

98) L. 4. u. 5. D. *de heredib. instit.* (XXVIII. 5.) — L. 28 D. *de conditionibus institutionum* (XXVIII. 7.) — L. 83. D. *de condition. et demonstrationibus* (XXXV. 1.) — Ganz unbedeutend iſt die in dieſer Materie öfter allegirt Diſſertation von *Jo. Just. Ge.* Mayer (Praes. *C. C.* Westphal) de conditione potestativa institutioni liberorum adjecta Hal. 1778. Etwas tiefer eingehend, doch

Erklärung liegt: der Sohn ſolle ausgeſchloſſen ſeyn, wenn die Bedingung nicht eintrete, Enterbungen aber geradezu und beſtimmt ausgeſprochen werden müſſen [99]), ſo iſt die bedingte Einſetzung einer Präterition gleich [100]). Unter einer reinen Poteſtativbedingung dagegen iſt die Einſetzung möglich [1]): es mag nun der Teſtirer den Er-

ebenfalls ohne gründliche Exegeſe iſt die Diſſ. von *Ge.* Fein de herede suo sub conditione instituto. Goett. 1777. Einige hiermit in Verbindung ſtehende, das Pflichttheilsrecht betreffende Fragen ſind bereits in dem XXXV. Bande des Commentars. §. 1421. d. S. 330 — 333. zur Erörterung gekommen.

99) L. 3. §. 1. D. *h. t.* — L. 18. pr. D. *de B. P. contra tabb.* — („certo enim judicio liberi a parentum successione removendi sunt"). — M. ſ. übrigens auch unten die Note 18.

100) Vgl. Wahl D. cit. §. 24. *Ge.* Fein D. cit. §. 21. Francke Notherbenrecht S. 46 fg. — Ausgenommen ſind hier jedoch die conditiones in praeteritum vel in praesens collatae. Da hiedurch nichts ſuspendirt wird, ſo iſt die Einſetzung unter einer ſolchen Bedingung als eine unbedingte zu betrachten, wenn zur Zeit der Teſtamentserrichtung die Bedingung bereits eingetreten war, ſonſt aber iſt das Teſtament als gar nicht vorhanden anzuſehen. L. 16. D. *de injusto* etc. *facto testamento.* Dieß iſt denn auch ausdrücklich in Beziehung auf Notherben anerkannt. L. 10. §. 1. D. *de conditionibus institutionum* (— „*valet institutio etiam in filio, qui in potestate est, quum nulla sit conditio, quae in praeteritum conferatur, vel quae in praesens*"). Der Notherbe erſcheint alſo hier als pure inſtituirt, wenn die Bedingung eingetreten war, wo nicht, ſo tritt Inteſtaterbfolge ein. — Anderer Meinung iſt Valett Notherbenrecht S. 29 fg.

1) „quia ejusmodi conditio pro pura debet haberi" L. 1. §. 8. D. *si quis omissa causa testamenti* (XXIX. 4.)

werb der Erbſchaft geradezu von dem Willen des Erben abhängen laſſen, oder ihm als Bedingung des Erwerbs eine Handlung oder Leiſtung auferlegen: „Jam dubitari non potest (ſagt *Maecianus* Lib. VII. Fideicommissorum), suos quoque heredes sub hac conditione institui posse, ut, si voluissent, heredes essent. — — Sed et ceteris conditionibus, quae in ipsorum sunt potestate, si sui pareant, jus abstinendi assequi non debent [2]. Auch die Erfüllung einer Poteſtativbedingung kann freilich durch Zufall gehindert werden; aber dann gilt ſie für erfüllt, ſobald nur die ernſtliche Abſicht, dem Teſtirer zu gehorchen, nicht bezweifelt werden darf: „implenda est enim voluntas, *si potest*“ [3]. Wer daher eine ſolche Bedingung zu erfüllen ſich weigert, iſt dem gleich, welcher die Erbſchaft aus dem Teſtamente nicht haben zu wollen erklärt [4]; weshalb denn auch auf ihn die Beſtimmung des Edicts bezogen wird, daß die Vermächtniſſe von dem bezahlt werden müſſen, welcher die teſtamentariſche Verlaſſenſchaft ausſchlägt, um ab intestato zu erben: „Qui sub conditione institutus

2) L. 86. D. *de heredib. instit.* — S. auch L. 4. L. 6. L. 69. in f. *eod.* L. 12. 15. u. 28. D. *de conditionib. institutionum* (XXVIII. 7.) — L. 20. §. 4. in f. D. *de bonis libertorum* (XXXVIII. 2.) Foerster l. l. P. I. §. 8. p. 53. h.

3) L. 8. §. 7. D. *de conditionib. instit.* L. 3. et L. 11. *eod.* — *H.* Donelli commentarii juris civ. Lib. VIII. Cap. 34. §. 2. 4. 5. (T. V. d. Ausg. von Bucher). *A. E.* Endemann commentationis de implendae conditionis tempore specimen. (Marb. 1821.) §. 12. p. 47. u. §. 15. — Foerster l. l. Part. I. §. 7. p. 50.

4) L. 13. D. *de legatis praestandis*: „nam si eam (conditionem), quae in ipsius potestate fuit, non implevit, pro eo habendus est, qui noluit adire hereditatem.“

heres potuit parere conditioni, nec paruit, quum conditio talis sit, ut in arbitrio sit heredis instituti, deinde ab intestato possideat hereditatem, debebit edicto teneri, quia ejusmodi conditio pro pura debet haberi" [5]. Gerade aber, weil die Erfüllung der Bedingung als eine Erklärung, Erbe werden zu wollen, angeſehen werden muß, iſt es nothwendig, daß ſie nach dem Tode des Erblaſſers geſchehe [6], und zwar nicht zufällig, ſondern in der beſtimmten Abſicht, der teſtamentariſchen Auflage Folge zu leiſten: „nam ut paruisse quis conditioni videatur, etiam scire debet, hanc conditionem insertam; nam si facto fecerit, non videtur obtemperasse voluntati" [7]. Oder, wie Paulus (L. 11. §. 1. D. *de condition. et demonstrationibus*) ſagt: „sciendum est, promiscuas conditiones [8]) post mortem impleri oportere, si in hoc fiant, ut testamento pareatur, veluti: *si Capitolium ascenderit*,

5) L. 1. §. 8. D. *si quis omissa causa testamenti.* Foerster l. l. p. 49 sq.

6) *A.* Endemann Commentat. cit. §. 12. 13. p. 45 sqq.

7) L. 2. in f. D. *de condit. et demontrationibus.*

8) Dieſer Ausdruck hat hauptſächlich die Behauptung veranlaßt, daß es wahre Poteſtativbedingungen gar nicht gebe. S. *Aug. Frid.* Schotti Observ. de conditionis potestativae figmento in opp. jurid. p. 272 sqq. Allein *promiscuum* nennt Paulus hier das Gewöhnliche, das Gemeine, das Alltägliche. (S. Taciti Germania Cap. V. in f. — „quia numerus argenteorum faciliori usui est *promiscua ac vilia mercantibus*; Id. histor. Lib. I. Cap. 84. — „Muta ista et inanima intercidere ac reparari *promiscua sunt.*") Denn es iſt hier die Rede von einem Spaziergange, alſo einer an ſich gleichgiltigen und alltäglichen Sache; es genügt nicht, daß der Erbe eine ſolche Handlung

et similia, non promiscuas etiam vivo testatore exiſtere posse, veluti: *si Titius Consul factus fuerit*."

Wer nun ſeinen Sohn unter einer andern Bedingung giltig einſetzen will, muß ihn unter der entgegenſtehenden enterben [9]), ſonſt iſt die Verfügung vom Anfang an nichtig [10]). Ob eine Bedingung eine poteſtative

irgend einmal vornehme, er ſoll ſie in der Abſicht vornehmen, der teſtamentariſchen Auflage zu genügen. Ganz gewiß iſt daher auch die Erklärung von Cujacius (Observatt. Lib. XIV. Cap. II. unrichtig, daß Paulus dieſe Bedingungen promiscuas nenne, weil deren Erfüllung doch durch einen Zufall vereitelt werden könne.

9) Es gehören hieher wieder die oben Note 98. u. Note 2. angeführten Stellen. — Vgl. Höpfner im Commentar §. 491. Note 8. Nr. 1. u. Bd. VII. dieſ. Comment. §. 546. S. 73 fg. — Uebrigens meint Höpfner mit Andern, daß heut zutage die Einſetzung des Notherben auch unter einer zufälligen Bedingung erfolgen dürfe, da hierin indirect eine Ausſchließung liege, welche einer förmlichen Enterbung gleich ſtehe. (§. 491. Note 8. Nr. 2.) Es iſt hier der Ort noch nicht, die Richtigkeit dieſer Anſicht zu prüfen. Vorläufig möge hier dagegen erinnert werden, daß ja die ſtrengen Anſichten der Römer über Enterbungen nicht blos dem formellen Rechte angehörten, ſondern mit Begriffen zuſammenhiengen, die auch dem heutigen Rechte nicht fremd ſind; (ſ. die unten folgende Erörterung über Enterbung der Civilrechts-Notherben II. 2.). Mit der Prämiſſe, worauf Höpfner ſeine Anſicht ſtützt, dürfte denn auch wohl die Folgerung über den Haufen fallen. Vgl. auch Bd. XXXV. d. Comment. S. 351 fg.

10) L. 83. D. *de condit. et demonstrationibus*: „Lucius Titius ita testamentum fecit: *Aurelius natus ex illa muliere, si filium meum se esse judici probaverit, heres mihi esto.* Paulus respondit: filium, de quo quaereretur, non sub ea conditione institutum videri, quae

ſey oder nicht, iſt nach den Umſtänden zu beſtimmen [11]. Dieſelbe Handlung kann für den einen als Poteſtativbedingung erſcheinen, für den andern iſt ſie es nicht; ſie kann für die nämliche Perſon nach Verſchiedenheit der äußern Umſtände und der Lebensverhältniſſe bald eine willkührliche, bald eine durch Schwierigkeiten und Zufälligkeiten bedingte Handlung ſeyn. Dabei iſt aber ein für die juriſtiſche Wirkung wichtiger Unterſchied nicht zu überſehen. Entweder erhellt die Schwierigkeit und Zufälligkeit der Ausführung ſchon aus den zur Zeit der Verfügung ſich zeigenden Umſtänden, oder es offenbart ſich die

in potestate ejus esset, *et ideo testamentum nullius esse momenti.*

11) L. 4. §. 1. D. *de heredib. instit.* (Ulpianus Lib. IV. ad Sabinum.) „Puto recte generaliter definiri, utrum in potestate fuerit conditio, an non fuerit? *facti potius esse*", wie Haloander lieſ't, oder nach der Florentiniſchen Lesart: *facti potestas est.* Die Haloandriniſche Lesart, (welche ſich auch in margine bei Ruſſardus angemerkt findet) paßt beſſer in den grammatiſchen Zuſammenhang, und entſpricht zunächſt dem deutſchen Gedanken: „es kommt auf die Umſtände an, das *facti potestas est* dagegen deutet noch beſtimmter auf die Möglichkeit zu handeln hin. Sehr paſſend giebt Hunger in der deutſchen Ueberſetzung des Corp. jur. civil. (herausgegeb. von Otto, Bruno Schilling und Sintenis) dies ſo wieder: „Nach meiner Meinung beſtimmt ſich der Begriff ob eine Bedingung poteſtativ ſey oder nicht, im Allgemeinen — — nach der Möglichkeit eine Handlung vorzunehmen. — Vgl. auch *Fr.* Connani comment. jur. civ. Lib. X. c. I. nr. 5. *Jac.* Cujacii comment. ad h. l. (opp. prior. ed. Par. T. I. p. 1117.). *Fr.* Balduini comment. de condit. cap. VI.; in Jurispr. Rom. a Att. c. praef. *J. G.* Heineccii T. I. p. 341. — *Casp.* Manzius Fr. de test. valido vel invalido. (Aug. Vindelic. 1661.) Tit. VII. Qu. 5. nr. 8 sqq.

ſelbe erſt ſpäter und namentlich nach dem Tode des Erblaſſers, alſo zu einer Zeit, wo abgeſehen von den gegenwärtigen Hinderniſſen, die Erfüllung der teſtamentariſchen Auflage geſchehen mußte. In jenem Falle kann die Bedingung als eine poteſtative überall nicht betrachtet werden, der Teſtirer muß mithin den Sohn auf den entgegengeſetzten Fall enterben. In dem zweiten Falle dagegen iſt die Anordnung ſelbſt zu Recht beſtändig, und die Bedingung gilt des Hinderniſſes wegen für erfüllt, ſo daß alſo die Erbſchaft dem bedingt Berechtigten aus dem Teſtamente erworben wird. Es iſt unmöglich, von den Beſtimmungen des römiſchen Rechts über bedingte Einſetzung der Notherben eine ſichere Anwendung zu machen, ohne jenen Unterſchied praktiſch zu berückſichtigen. Dennoch könnte es ſcheinen, als ob die Römer ihn nicht gekannt hätten. Ulpian nämlich, nachdem er in der (Note 11) angeführten Stelle beſtimmt hat: es komme für den Begriff der Poteſtativbedingungen auf die Umſtände (oder auf die Möglichkeit zu handeln) an, fährt alſo fort: potest enim et haec (conditio): *si Alexandriam pervenerit*, non esse in arbitrio per hiemis conditionem; potest et esse, si ei, qui a primo milliario Alexandriae agat, sit imposita; potest et haec: *si decem Titio dederit*, esse in difficili, si Titius peregrinetur longinquo itinere; propter quae ad generalem definitionem recurrendum est (ſ. den Eingang der Stelle). Halten wir uns zunächſt hierbei nur an das letzte Beiſpiel. Die Auflage: si decem Titio dederit iſt weder ſchwer zu erfüllen, noch iſt die Erfüllung an und für ſich durch Zufälligkeiten bedingt. Dennoch kann ſie ohne die Schuld des Eingeſetzten vereitelt werden; z. B. der Titius iſt zu der Zeit,

wo die Erfüllung geſchehen ſollte, verſchollen oder tod. Soll nun aber dieß auf den Begriff der Bedingung ſelbſt einen Einfluß haben? Soll darum die Bedingung, welche bei ihrer Anordnung nur als eine poteſtative erſcheinen konnte, aufhören dieß zu ſeyn, — ſoll mithin das Teſtament jetzt nur dann zu Recht beſtehen, wenn der Notherbe auf den Fall der Nichterfüllung enterbt iſt? In der That ſcheint Francke dieß anzunehmen. Weil eine ſcheinbar nur von der Willkühr des Erben abhängende Handlung durch zufällige Umſtände leicht ſeiner Willkühr entzogen werden könne, ſollen über die Frage: ob eine bedingte Einſetzung als giltig anzuſehen ſey, auch nur die bei dem Tode des Erblaſſers obwaltenden Umſtände entſcheiden. Und daher, meint er, möchte die Beifügung ſolcher Bedingungen niemals anzurathen ſeyn[12]. Aber wozu hier dem Willen des Teſtirers ſolche Feſſeln anzulegen? Es kann ihm ja wünſchenswerth ſeyn, daß der Erbe die Auflage erfülle, ſoferne es in ſeinen Kräften ſteht. Soll nun die Frage: ob die Bedingung als poteſtative giltig aufgelegt werden konnte? von dem zufälligen Umſtande abhängen, ob ihre Erfüllung in concreto möglich war oder nicht, und es tritt ein ſolches Hinderniß ein, ſo entſteht hier folgendes Dilemma: entweder hat der Teſtirer für den Fall der Nichterfüllung eine Enterbung verfügt, oder nicht. Im erſtern Falle iſt der Notherbe ausgeſchloſſen, wenn er auch den guten Willen hatte zu erfüllen, im letztern dagegen beſteht das Teſtament gar nicht, da ja jetzt die Bedingung nicht als eine poteſtative gelten kann; mithin tritt die reine Inteſtaterbfolge ein. — Beides liegt gewiß nicht in der Abſicht des Teſtirers, und eben ſo wenig entſpricht es den

12) Francke Notherbenrecht S. 49 fg.

Beſtimmungen unſerer Rechtsquellen. Denn eine ſchuldloſe Behinderung der Erfüllung einer Bedingung, welche auf eine an ſich willkührliche Handlung des Erben gerichtet war, ſoll bewirken, daß die Bedingung als erfüllt gilt: „non videtur enim defectus conditione, si parere conditioni non possit“ [13]); es tritt hier alſo das Teſtament in Wirkſamkeit. Und offenbar iſt Francke mit ſich ſelbſt im Widerſpruch, wenn er, nachdem er ſich auf obige Art über die Poteſtativbedingungen geäuſſert, ſo fortfährt: „Weit entfernt aber mußten die römiſchen Juriſten davon ſeyn, zu dieſen hier erlaubten Bedingungen ſolche zu zählen, welche mit bedeutender Aufopferung für den Erben verbunden ſind. — — — — Bei dieſen erfordert vielmehr das römiſche Recht zur formellen Giltigkeit des Teſtaments die auf den Fall der Nichterfüllung beigefügte Exheredation.“ — War denn dies aber (nach ſeiner Theorie) nicht etwa auch bei den Bedingungen der Fall, welche nach den beim Tode des Erblaſſers obwaltenden Umſtänden nicht erfüllt werden konnten? Denn darnach ſoll es ſich ja entſcheiden (wie vorher ausdrücklich bemerkt wird), ob die bedingte Einſetzung als giltig anzuſehen ſey, oder nicht! Ich ſehe nicht ein, wie Franke ſich aus dieſem Cirkel herauswinden will.

Allerdings hat es ſeine Richtigkeit, daß die Art, wie Ulpian ſich in der oben angeführten Stelle über die Sache äußert, zu einer irrigen Anſicht leicht Veranlaſſung geben kann. So große Meiſter die römiſchen Juriſten in der Conſtruction und Entſcheidung eines gegebenen Falles waren, ſo wenig waren abſtracte Erörte-

13) L. 8. §. 7. in f. D. *de conditionibus institutionum.* (XXVIII. 7.)

rungen ihre ſtarke Seite. Ulpian geht von der Frage aus: was eine Poteſtativbedingung ſey? Seine allgemeine Antwort: es komme darauf an, ob die Erfüllung möglich ſey, oder nicht, — umfaßt auch diejenigen Fälle, wo eine ſolche Möglichkeit an ſich vorhanden war, aber nur durch beſondere Umſtände verhindert wird. Und gerade hierauf hauptſächlich gehen die von ihm dazu gegebenen Beiſpiele, zumal das letztere; das erſte kann, nach Verſchiedenheit der Umſtände, bald auf den Begriff einer Poteſtativbedingung ſelbſt von Einfluß ſeyn, bald nur eine zufällige Behinderung der Erfüllung bewirken. Daß aber in der That die Römer beides genau von einander unterſchieden, iſt dadurch außer allem Zweifel, daß ſelbſt eine Unmöglichkeit der Erfüllung, wenn ſie erſt in der Folge eintritt, dem Teſtamente nicht ſchadet, wogegen auch nur eine bedeutende Schwierigkeit, wenn ihr Grund ſchon bei der teſtamentariſchen Anordnung vorhanden war, Ungiltigkeit der Dispoſition bewirkt. Dies ergiebt ſich inſonderheit auch aus einem Reſcript K. Alexanders Severs (aus dem Jahre 224), welches ſo lautet:

„Si pater filium, quem in potestate habebat, sub conditione, quae in ipsius potestate non erat, heredem scripsit, nec in defectum ejus exheredavit, jure testatus non videtur. Quum autem trans mare et longe te agentem sub hac conditione heredem esse scriptum dicas, si in patriam, quae in provincia Meuritaniae erat, regressus fuisses, *nec exheredatum te alleges, si in eum locum non rediisses*, manifestum est, multis casibus non voluntariis, sed fortuitis

evenire potuisse, ut eam implere non posses, et ideo adire hereditatem non prohiberis" [14]).

Bartolus (ad h. l.) ſagt von dieſer Stelle: „haec lex habet materiam, in qua, qui plus scit, plus dubitat." Dieß bezieht er auf den hier zur Anwendung kommenden Begriff der zufälligen und Poteſtativ-Bedingungen, worüber er ſelbſt etwas höchſt Unbedeutendes beibringt; den eigentlichen Inhalt der Stelle berührt er kaum. Dieſer iſt in der That auch gar keinen beſondern Schwierigkeiten unterworfen, und wird von den Auslegern im Ganzen auf die nämliche Art verſtanden [15]). — Der Vater hatte hier alſo ſeinen Sohn unter der Bedingung eingeſetzt, wenn er aus der überſeeiſchen Provinz Mauritanien in's Vaterland zurückkehren würde. Die Möglichkeit, eine weite Reiſe, zumal über See vorzunehmen, iſt an ſich ſchon von manchen Zufälligkeiten abhängig; ſie iſt überdieß mit Beſchwerden verknüpft, die in der Regel wohl ohne Unbilligkeit Dem nicht zugemuthet werden können, deſſen Recht ja im Grunde ein unbedingtes iſt, und von dem die Erfüllung einer Bedingung nur verlangt wird, weil die Weigerung einen Mangel an gutem Willen und an Pietät gegen den Erblaſſer verrathen würde (ſ. übrigens unten Note 30). — Daß dies die Anſicht des Kaiſers war, ergiebt ſich deutlich genug aus der Faſſung des Reſcripts. Regel und Anwendung ſind hier ſehr beſtimmt ausgedrückt, und daß der Kaiſer nicht etwa ſagen wollte: es ſey die Bedin-

14) L. 4. C. *de instit. et substitutionibus.* (VI. 25.)

15) Vgl. die Accurſiſche Gloſſe. *Hub.* Giphanii Explanatio difficiliorum legum Cod. ad h. l. (Colon. 1614. p. 45 sq.) Fein diss. cit. §. 23. u. 30. Foerster l. l. P. p. 50 sq. not. 25. Francke a. a. O. S. 21.

gung an ſich zwar eine poteſtative, allein wegen der mit der Erfüllung verbundenen Zufälligkeiten und Beſchwerden dürfe ſie nicht erfüllt werden, geht auch ſchon aus dem Umſtande zur Genüge hervor, daß zur Giltigkeit des Teſtaments die Enterbung auf den Fall der Nichterfüllung verlangt wird [16]).

In dem Reſcripte iſt nun zwar der obige Gegenſatz nicht beſtimmt enthalten; aber es wird hier ein Fall vorgetragen, in welchem ſich die Schwierigkeit der Erfüllung und deren Abhängigkeit von Zufälligkeiten aus den ſchon zur Zeit der teſtamentariſchen Anordnung vorhandenen Umſtänden klar zu Tage legte. Darum ſoll die Bedingung nicht als eine poteſtative betrachtet, mithin die Einſetzung des Hausſohnes daran nur gebunden werden können, wenn derſelbe auf den entgegengeſetzten Fall enterbt wird [17]). Ganz anders dagegen verhält es

16) Doch darf man nicht mit Francke a. a. O. S. 51. ſagen „Auch eine Exheredation in contrarium eventum würde den Sohn nicht ausſchließen, wenn die Bedingung der Einſetzung als erfüllt gelten könnte.“ Denn warum ſollte der Vater die Einſetzung des Sohnes nicht von der wirklichen Erfüllung der Poteſtativbedingung abhängig machen dürfen, wenn er überhaupt ein Recht hat, ihn auszuſchließen? Wohl aber ergiebt ſich die Richtigkeit der obigen Interpretation daraus, daß der Kaiſer den Rechtsbeſtand des Teſtaments ſelbſt von der ausgeſprochenen Enterbung abhängig macht.

17) Auch bei ſolchen Bedingungen, welche zum Theil vom Zufall, oder, was juriſtiſch einerlei iſt, vom Willen eines Dritten abhängen, gilt bisweilen die ernſtliche Abſicht, zu erfüllen, der wirklichen Erfüllung gleich (z. B. L. 31 in f. D. de condit. et demonstrationibus. Von dieſen Fällen ſelbſt kann erſt in dem Tit. VII. dieſes Buchs gehandelt werden.) Aber der Einſetzung eines Hausſohnes dürfen dergleichen Be-

ſich, wenn nach den damaligen Umſtänden die Handlung als eine rein willkührliche des Erben erſchien. Hier iſt die darauf gerichtete Bedingung eine poteſtative, und ſie ändert ihre anfängliche Natur auch dadurch nicht, daß ihre Erfüllung ohne die Schuld des eingeſetzten Erben ſpäter gehindert wird, das Teſtament beſteht aber jetzt, wie wenn die Bedingung erfüllt wäre. Ein Beiſpiel enthält die ſchon mehrmals angeführte L. 8. §. 7. C. *de conditionib. institutionum:* Wer unter der Bedingung eingeſetzt iſt, daß er ſeinen Sclaven manumittire, erhält die Erbſchaft, auch wenn der Sclave bei dem Tode des Teſtirers bereits manumittirt oder geſtorben iſt.

Es ergiebt ſich übrigens aus der bisherigen Entwickelung von ſelbſt der Geſichtspunkt, aus welchem wir die in unſern Rechtsquellen vorkommenden Beiſpiele von Poteſtativbedingungen zu betrachten haben. Man darf nicht gleich an Inconſequenzen, Widerſprüche oder Meinungs-Verſchiedenheiten denken, wenn man dieſelben Beiſpiele (z. B. die Auflage eine Reiſe zu unternehmen) bald als geſtattet, bald als nicht geſtattet bei der Einſetzung von Söhnen genannt findet. In jenem Falle iſt als ſich von ſelbſt verſtehend vorauszuſetzen, daß die Umſtände von der Art waren, daß der Teſtirer bei ſeiner Auflage an erhebliche Schwierigkeiten oder zufällige Einwirkungen nicht leicht denken konnte (z. E. „si eo, qui a primo milliario Alexandriae agat, conditio sit imposita," wie **Ulpian** L. 4. §. 1. D. *de heredib. instit.* ſagt).

dingungen ohne die Cautel der Enterbung gar nicht hinzugefügt werden. Dieſelbe Bedingung bewirkt alſo bald Nullität des Teſtaments, bald wird ſie für erfüllt angenommen, je nachdem ſie der Einſetzung eines Notherben oder eines Extraneus beigefügt iſt.

Und eben ſo wenig darf ein beſonderes Gewicht darauf gelegt werden, wenn einmal in doctrinellen Erörterungen, deren Zweck nicht eigentlich darauf gerichtet iſt, den Begriff von Poteſtativbedingungen feſtzuſtellen, ſondern nur die juriſtiſchen Folgen der Nichterfüllung zu zeigen, eine teſtamentariſche Auflage als Poteſtativ-Bedingung erwähnt wird, die man dafür nicht hätte gelten laſſen, wenn ſie Gegenſtand einer rechtlichen Entſcheidung geworden wäre (ſ. unten Note 30).

Iſt nun die Bedingung auf eine zu Recht beſtändige Weiſe angeordnet, ſo muß ſie in der Regel erfüllt werden, ſonſt iſt der Notherbe von der Erbſchaft ausgeſchloſſen [18]; auch verſteht ſich, daß ſie innerhalb der vom Teſtirer vorgeſchriebenen Zeitfriſt zu erfüllen iſt [19]. Es treten im Nichterfüllungsfalle die etwanigen Miterben oder die Subſtituten an die Stelle des eingeſetzten Erben, und wenn ſo wenig Miterben als Subſtituten ernannt, ſind, ſo kommt die Verlaſſenſchaft an die Inteſtaterben, folglich, wenn das Wegfallen der Bedingung ſich ſchon

18) Dem Erfolge nach iſt alſo die Nichterfüllung einer Bedingung der Enterbung gleich, oder wie Foerster (l. l. p. 68. not. 56.) ſagt: „institutio sub conditione, quae in potestate est, tacite exheredationem continet in eum casum, si conditio non impleatur.“ Darum aber darf man eine ſolche Einſetzung noch keine bedingte Enterbung nennen. S. unten II. 2.

19) L. 6. pr. D. *de heredib. instit.*: „Sed et si conditioni dies esset adjectus, utputa: *si Capitolium intra dies triginta ascenderit*, tantundem potest dici, ut, si non paruerit conditioni, substitutus possit admitti filio repulso; idque consequens est sententiae Juliani et nostrae.“ — Manzius de testam. valido vel invalido. Tit. VII. Quaest. V. Nr. 4.

beim Leben des eingeſetzten Sohnes ereignet, an dieſen ſelbſt, welcher jedoch, falls die Erfüllung durch ſeine Schuld behindert wird, die Vermächtniſſe zahlen muß (ſ. oben Note 5).

Was nun inſonderheit

A) die Poteſtativbedingungen anbelangt, ſo muß abgewartet werden, ob der eingeſetzte Erbe die Bedingung erfüllt oder nicht. Konnte die Erfüllung geſchehen, ſie iſt aber unterblieben, ſo treten mit dem Augenblick, wo dieß feſtſteht, diejenigen an des Eingeſetzten Stelle, welche beim Wegfallen der Bedingung die Nächſtberechtigten ſind, es mag ſich dieß ſchon bei dem Leben des Erſteren, oder erſt nach deſſen Tode ergeben. In folgender Stelle (L. 4. pr. D. de her. inst.) handelt Ulpian von dem Falle, wo der eingeſetzte Sohn Miterben hatte. Nachdem er im Eingange die Regel vorgetragen hat, daß der Hausſohn unter einer Poteſtativbedingung eingeſetzt werden könne, fährt er alſo fort: „Sed utrum ita demum institutio effectum habeat, si paruerit conditioni (filius), an et si non paruerit et decesserit? [20]) *Julianus* putat, filium sub ejusmodi conditione insti-

20) Der Sinn der Frage iſt: Können die Miterben nur Erben werden, wenn der neben ihnen eingeſetzte Sohn die Bedingung erfüllt, oder werden ſie es auch, wenn er vor der Erfüllung ſtirbt? Man könnte nämlich ſagen: da weder die Bedingung der Einſetzung eingetreten, noch eine Enterbung angeordnet iſt, ſo fällt jetzt das Teſtament ſeinem ganzen Inhalte nach weg. Allein dieß wird mit Recht verworfen; der Sohn iſt ausgeſchloſſen, weil er die Bedingung nicht erfüllte, und einer Enterbung bedurfte es hier nicht, da jeder Erbe giltig unter einer Poteſtativbedingung eingeſetzt werden kann. *R. J.* Pothier Pandectae Justin. ad Tit. *de liberis et postumis* Nr. VI. T. II. p. 181. not. e.

tutum, etiamsi conditioni non paruerit, summotum esse [21]) et ideo si coheredem habeat ita institutus, non debere eum exspectare, donec conditioni pareat filius [22]), quum etsi patrem intestatum faceret non parendo conditioni, procul dubio exspectare de-

21) Bei der Accurſiſchen Gloſſe (ad *h. l.* not. h.) findet ſich ſtatt etiamsi als Variante *si* angeführt, und bei Ruſſardus iſt das etiam durch das Zeichen ||etiam|| eingeſchloſſen, wodurch er anzeigen will, daß es nicht in allen Handſchriften ſtehe. S. Phil. Friedr. Weis Etwas über die im Text der Pandekten vorkommenden Zeichen, namentlich die Ruſſardiſche Note. Marb. 1793. 4. S. 16 fgg. §. 6 — 8. — Eine bei der Gloſſe (a. a. O.) vorkommende Erklärung, daß etiamsi auch die Bedeutung des einfachen si haben könne, iſt völlig grundlos. Es bedarf aber auch weder einer Aenderung der Lesart, noch einer gekünſtelten Interpretation. Es ſoll hier dem oben Note 20. erwähnten Zweifelsgrunde begegnet werden; auch das Nichteinteten der Bedingung, ſagt Julian, begründet hier keine Ungiltigkeit des Teſtaments. — Ich bemerke noch, daß die auf der Rathsbibliothek zu Leipzig befindliche Handſchrift ebenfalls etiamsi lieſ't. Ich werde dieſe Handſchr. (deren unmittelbare Benutzung mir durch die Güte des dortigen Magiſtrats vergönnt iſt) in der Folge als Cod. Lips. Senat. anführen. Es iſt der bei Erklärung der L. 29. *h. t.* durch Cod. Lips. A. bezeichnete.

22) d. h., da das Teſtament immer aufrecht erhalten wird, es mag der Sohn die Bedingung erfüllen oder nicht, ſo kann der Miterbe ſofort antreten (Pothier l. l. not. f.); im erſten Falle behält er ſein Erbtheil, im letzten bekommt er jure accrescendi das Ganze. Weſtphal von Teſtamenten u. ſ. w. §. 405. S. 301, welcher die Stelle ganz mißverſteht, will in ſeiner leichtfertigen Weiſe das *non* wegwerfen, weil es eigentlich heißen ſolle: der Miterbe müſſe die Sterbenszeit erſt abwarten!

beret [23]). Quae sententia probabilis mihi videtur, ut sub ea conditione institutus, quae in arbitrio ejus sit, patrem intestatum non faciat.“ Der Grundſatz alſo, wonach alle hier einſchlagenden Fragen zu entſcheiden ſind, iſt: Wenn der unter einer Poteſtativbedingung eingeſetzte Sohn Miterben hat, tritt nie Inteſtaterbfolge ein.

Nachdem nun Ulpian in dem §. 1. dieſer Stelle ſich über den Begriff der Poteſtativbedingungen geäußert hat, fährt er im §. 2. (welcher unmittelbar mit dem pr. in Verbindung zu ſetzen iſt) alſo fort: „Sed etsi filio sub conditione, quae in ejus potestate est, herede instituto, nepos sit substitutus sive extraneus, puto vivo filio non extiturum heredem substitutum, post mortem vero extiturum.“ Es iſt klar, daß Ulpian hierbei nur ſolche Bedingungen vor Augen hat, welche erſt mit dem Tode des Eingeſetzten wegfallen [24]), unter dieſer Vorausſetzung hat es ſeine Richtigkeit, daß die Subſtituten erſt nach dem Tode des eingeſetzten zugelaſſen werden können, wogegen Miterben die Erbſchaft ſofort für ihren Antheil erwerben dürfen.

23) Der Sinn iſt klar: Wenn das Wegfallen der Bedingung hier bewirken könnte, daß es zur Inteſtaterbfolge käme (will der Juriſt ſagen), ſo dürfte allerdings der Miterbe nicht ſogleich antreten. S. Vivianus in casu ad *h. l.* und Pothier l. l. not. g. Schwierigkeit macht hier indeſſen das Wort *etsi* Wenn man aber die Partikel et hier nicht für überflüſſig halten will, ſo verdient die Haloandriſche Lesart *etsi quum* (ſtatt quum etsi) allen Beifall, da mittelſt dieſer bloßen Wortumſtellung alle Schwierigkeit gehoben iſt.

24) Finestres de liberis et postumis P. III. C. II. §. 9. (in Praelect. Cervariens. p. 78.)

Bei den meiſten affirmativen, nicht an eine beſtimmte Erfüllungszeit geknüpften Bedingungen wird es ſich übrigens erſt nach dem Tode des Eingeſetzten ausweiſen, daß ſie nicht eingetreten ſeyen. Aber auch hier kommt noch ein Unterſchied in Betracht. Iſt nämlich die Bedingung von der Art, daß ihre Erfüllung unmöglich wurde, noch ehe der Tod des Eingeſetzten erfolgte, ſo wird die Wirkung des Wegfalls auf die Zeit zurückgezogen, wo jene Unmöglichkeit eintrat; konnte ſie aber auch noch im letzten Moment des Lebens erfüllt werden, ſo treten die mit ihrem Wegfallen verknüpften Wirkungen erſt mit dem Tode des Eingeſetzten ein [25]). Es iſt z. B. die Bedingung auf Vornahme einer Reiſe gerichtet; dieſe wird ſchon mit dem Beginn der letzten Krankheit unmöglich, von jenem Augenblick an gilt alſo die Bedingung als weggefallen. Wäre dagegen die Zahlung einer Geldſumme zur Bedingung gemacht, ſo würde dieſe auch durch einen Stellvertreter geleiſtet werden können, mithin die Erfüllung bis zum letzten Lebensmoment des Eingeſetzten möglich ſeyn. Angenommen nun, der Hausſohn iſt allein

25) Nachgewieſen werden kann es freilich erſt nach dem Tode des Eingeſetzten, wann die Bedingung weggefallen ſey. Allein da der letzte Lebensmoment ſelbſt noch dem Leben angehört, ſo kann man ſagen, es habe der Eingeſetzte das Wegfallen der Bedingung erlebt, wenn die Unmöglichkeit der Erfüllung eintritt, ehe der Sterbende ſeinen Geiſt aufgegeben hat. (Andere juriſtiſche Anwendungen des — bei den Alten freilich beſtrittenen Grundſatzes: auch der letzte Augenblick gehört noch dem Leben an, finden ſich z. B. L. 79. §. 1. D. *de condit. et demonstrationibus* (XXXV. 1.) und L. 4. §. 1. D. *Quando dies legatorum et fideicomm. cedat.* (XXXVI. 2.) — Vinnius ad §. 35. Inst. *de legatis.* *Jos.* Averanius Interpret. jur. Lib. IV. Cap. XXX.

eingeſetzt, es kommt alſo beim Wegfallen der Bedingung zur Inteſtaterbfolge. Bekanntlich entſcheidet über das Näherrecht zur Inteſtaterbfolge die Zeit der Delation [26]), alſo hier die des Wegfalls der Bedingung. Iſt dieſe daher von der zuerſt genannten Art, ſo iſt nunmehr der eingeſetzte Sohn ſelbſt Inteſtaterbe geworden, da die Bedingung ja ſchon bei ſeinem Leben weggefallen war; bei Bedingungen der zweiten Art dagegen treten diejenigen als Inteſtaterben ein, welche beim Tode des eingeſetzten Erben die Nächſten dazu ſind. „Apud *Julianum* Lib. XXIX. D. *Marcellus* notat: Si ejusmodi sit conditio, sub qua filius heres institutus est, ut ultimo vitae ejus tempore certum sit, eam existere non posse, et pendente ea decedat, intestato patri heres erit, veluti: *si Alexandriam pervenerit, heres esto.* Quodsi etiam novissimo tempore impleri potest, veluti: *si decem Titio dederit, heres esto*, contra puto“ [27]).

26) L. 2. §. 5. u. 6. D. *de suis et legit.* (XXXVIII. 16.) §. 7. Inst. *de hereditat. quae ab intest. deferuntur.* §. 6. Inst. *de legit. agnator. tutela.* Glück Inteſtaterbfolge §. 20. S. 71 fg. d. 2ten Aufl.

27) L. 5. D. *de heredib. instit.* — Auf einen ſolchen Fall, wo die Möglichkeit der Erfüllung erſt mit dem Tode des Eingeſetzten wegfällt, deutet auch Africanus in der L. 16. D. *h. t.* am Schluſſe hin, indeſſen nur vergleichungsweiſe („sicut evenire solet, quum sub ea conditione, quae in ipsius potestate erit, filius heres institutus prius, quam ei pareret, moriatur“); der von ihm behandelte Fall iſt an ſich ein ganz verſchiedener. Ein Sohn wird eingeſetzt, ein Enkel von ihm ſubſtituirt, jedoch ein zu erwartender Poſtumus ganz übergangen. Darum konnte der Sohn noch nicht Erbe werden. (L. 30. §. 1. u. 4. D. *de acquir.*

Denken wir uns alſo, der eingeſetzte Sohn hätte ſeine eigenen Kinder im Teſtamente giltig ausgeſchloſſen, ſo würden in dem erſten Falle ſeine Teſtamentserben auch die Verlaſſenſchaft ſeines Vaters erhalten; denn dieſe war ihm ipse jure ab intestato erworben [28]). In dem zweiten Falle dagegen würden die enterbten Kinder ihres Großvaters Verlaſſenſchaft als deſſen nunmehrige nächſte Inteſtaterben in Anſpruch nehmen können.

Auf der nämlichen Grundlage beruht die Entſcheidung des Falls, welchen Papinian in dem 13 Buche ſeiner Quäſtionen [29]) erörtert: „Si filius sub conditione heres erit, et nepotes ex eo substituantur, quum

vel omittenda hereditate.) Er ſtirbt, noch ehe ſich die Sache entſchieden hat; nun iſt das Teſtament deſtituirt, es tritt alſo die Inteſtaterbfolge ein, und zwar erhält ſein Sohn die Verlaſſenſchaft ſeines Vaters und ſeines Großvaters vollſtändig ab intestato, da jener kein Teſtament gemacht hat, der erwartete Poſtumus aber überall nicht erſcheint — Dieſe äuſſerſt ſchwierige und beſtrittene Stelle gehört zu der Lehre von der Erbſchaftserwerbung, wo ſie auch (bei §. 1489.) erklärt werden wird. Inzwiſchen ſ. man das zahlreiche Verzeichniß der Ausleger bei Hommel in d. Corp. jur. civil. c. notis varior., bei Schulting u. Smallenburg notae ad Dig. T. V. p. 20., u. bei Weſtphal v. Teſtamenten u. ſ. w. §. 463.

28) L. 14. D. *de suis et legit.* (XXXVIII. 16.) L. 1. §. 7. D. *Si quis omissa causa testamenti* (XXIX. 4.) — Da in allen Fällen, wo Inteſtaterbfolge wegen Nichterfüllung der Poteſtativbedingung eintritt, vorausgeſetzt wird, daß die Erfüllung hätte geſchehen können, ſo iſt hier ſtets eine Verbindlichkeit zur Vermächtnißzahlung vorhanden (L. 1. §. 8. D. *Si quis omissa causa testam.*), welche denn auch die Erben des eingeſetzten Sohnes trifft. Foerster l. l. p. 52.

29) L. 28. D. *de condition. instit.* (XXVIII. 7.)

non sufficit, sub qualibet conditione filium heredem institui, sed ita demum testamentum ratum est, si conditio fuit in filii potestate, consideremus, num quid intersit, quae conditio fuerit adscripta, utrum quae moriente filio impleri non potuit, veluti: *si Alexandriam ierit filius, heres esto*, isque Romae decesserit [30]), an vero quae potuit etiam extremae vitae momento impleri, veluti: *si Titio decem dederit filius, heres esto?* quae conditio nomine filii per alium impleri potest. Nam superior quidem species conditionis admittit vivo filio nepotes ad hereditatem, qui, si neminem substitutum haberet, dum moritur, legitimus patri heres exstiterit. — — — Altera vero species conditionis vivo filio non admittit nepotes ad hereditatem, qui, si substituti non essent, intestato avo heredes existerent; neque enim filius videtur obstitisse, post cujus mortem patris testamentum destituitur, *quemadmodum si, exheredato eodem filio, nepotes, quum filius moreretur, heredes fuissent instituti.*" — Das Eigenthüm-

30) Daß Papinian die Bedingung einer Reiſe von Rom nach Alexandrien hier für eine poteſtative hält, geht aus dem ganzen Zuſammenhange der Stelle hervor. M. ſ. aber, was über die Anführung ſolcher Beiſpiele oben S. 367. bemerkt wurde. Uebrigens iſt es ja auch nicht die Entfernung allein, worauf es hier ankommt, um zu beſtimmen, ob die auferlegte Handlung eine rein willkührliche ſey oder nicht; es ſind dabei insbeſondere auch die Lebensverhältniſſe und Gewohnheiten des eingeſetzten Erben zu berückſichtigen. Niemand wird z. B. in der obigen Auflage eine beſondere Beſchwerde erblicken, wenn der Sohn ein Geſchäft perſönlich betreibt, welches an ſich ſchon mit ſteten und weiten Seereiſen verknüpft iſt.

liche dieſes Falles beſteht darin, daß die Enkel des Erblaſſers dem unter einer Poteſtativbedingung eingeſetzten Sohne ſubſtituirt waren. Papinian nun unterſcheidet hier mit einer ihm ſonſt nicht gewöhnlichen Ausführlichkeit die beiden obigen Fälle: 1) es iſt anzunehmen, die Bedingung ſey ſchon beim Leben des eingeſetzten Sohnes weggefallen. Dann ſind auch die Enkel ſchon bei Lebzeiten ihres Vaters aus der teſtamentariſchen Subſtitution Erben ihres Großvaters geworden; dabei bemerkt denn der Juriſt, daß, wäre Niemand ſubſtituirt, für den eingeſetzten Sohn ſelbſt die Inteſtaterbfolge eingetreten ſeyn würde[31]. 2) Es hört die Möglichkeit zu erfüllen erſt mit des Sohnes Tode auf. Dann treten erſt jetzt die ſubſtituirten Enkel ein, aber auch ohne Subſtitution würden ſie nunmehr ihren Großvater ab intestato beerben. Durch die am Schluß enthaltene Bemerkung ſucht nun Papinian noch einen Zweifelsgrund aus dem Wege zu räumen, welcher gegen die Richtigkeit dieſes Reſultats erhoben werden könnte. Der Sinn ſeiner Argumentation iſt: Vielleicht möchte man annehmen, der Sohn ſtehe in dieſem zweiten Falle allemal dem Enkel im Wege. Denn, wenn er enterbt, die Enkel aber auf ſeinen Todesfall eingeſetzt wären, ſo würde dieſe Einſetzung nicht zu Recht beſtehen, da die auf den Todesfall geſtellte Enterbung ſelbſt ungiltig[32], mithin der Sohn noch bei ſeinem Leben Inteſtaterbe ſeines Vaters geworden iſt. Allein die-

31) Bei dieſem ganz ausgemachten Sinne der Stelle verdient übrigens wohl die Haloandriniſche Lesart exsisteret vor der Florentiniſchen (exstiterit) aus grammatiſchen Gründen den Vorzug.

32) L. 13. §. 2. L. 29. §. 10. D. *h. t.* — S. oben S. 198. u. daſelbſt Note 37 — 39.

ſer Fall iſt von dem hier zur Frage ſtehenden durchaus verſchieden, indem ja der Sohn nicht ungiltig enterbt, ſondern giltig unter einer Bedingung eingeſetzt iſt; das Wegfallen dieſer Bedingung hat denn nur die gewöhnlichen Wirkungen, d. h., da es erſt mit dem Tode des Sohnes eingetreten iſt, wird dieſer dadurch nicht blos als Teſtaments-, ſondern auch als Inteſtat-Erbe ausgeſchloſſen. — Unbegreiflich iſt es, wie Cujacius dieſen einfachen Sinn überſehen konnte. Er glaubt nämlich, daß Papinian ſagen wolle: der Sohn ſtehe den Enkel nicht im Wege, da das Teſtament ungiltig werde, auf dieſelbe Weiſe wie wenn er enterbt ſey [33]); da aber hiernach die Stelle, ſo wie wir ſie in der Compilation haben, mit dem Rechtsſatz: post mortem suam filius frustra exheredabitur (Note 32) im Widerſpruch ſtehen würde, ſo hält er ſie für corrumpirt, und ſchlägt folgende Wiederherſtellung vor: Quemadmodum si exheredato eodem filio, nepotes quum filius moreretur fuissent, et heredes instituti postea repudiassent [34]). Wie unnöthig aber dieſe gewaltſame Veränderung iſt, geht wohl von ſelbſt aus der obigen Erklärung hervor. Auch verſchwindet alle und jede Schwierigkeit, wenn man mit Förſter die Stelle auf folgende Art pa-

33) So wird auch in der deutſchen Ueberſetzung des Corp. jur. das quemadmodum wieder gegeben, was aber gewiß falſch iſt. S. die Note 35.

34) *Jac.* Cujacius in Lib. XIII. Quaest. Papin. ad *h. l.*; opp. post. ed. Par. T. I. P. I. p. 354. (Cujacius denkt hierbei an den Fall, wovon §. 7. Inst. *de heredit. quae ab intestato*, u. L. 9. §. 2. D. *h. t.* handeln.) An Cujacius ſchließt ſich auch hier wieder an: Pothier Pandectae Justin. Tit. *de lib. et postumis* Nr. VII. T. II. p. 181. not. r.

raphraſirt: „und hierin kann ihnen (den Enkeln) der Sohn, nach deſſen Tode das Teſtament erſt deſtituirt, alſo die Inteſtatſucceſſion deferirt worden, nicht im Wege ſtehen, wie er allerdings ihnen im Wege ſtehen würde, wenn er ſelbſt enterbt, die Enkel aber von dem Augenblick ſeines Sterbens an eingeſetzt wären, indem in dieſem Falle die Exheredation nichtig, und alſo der Sohn ſelbſt ſchon bei ſeinen Lebzeiten ab intestato nichtig Erbe geworden wäre“ [35]).

Soviel über die Poteſtativbedingungen. Betrachten wir jetzt

B) den Fall, wenn der Teſtirer den Sohn unter einer ganz oder zum Theil zufälligen Bedingung eingeſetzt und unter der entgegenſtehenden enterbt, mithin an ſich giltig verfügt hat. Hier ſollte man denken, daß, wenn der Eingeſetzte mit Tode abgeht während die Bedingung ſchwebt, derſelbe nun jedenfalls von der Verlaſſenſchaft ausgeſchloſſen ſey, ſo daß alſo diejenigen an ſeine Stelle treten, welche durch Teſtament oder Geſetz nach ihm (oder auch wohl mit ihm) gerufen ſind. Denn er iſt ja auf gehörige Art eingeſetzt, durch ſeinen Tod aber entſchieden, daß die Bedingung ſeiner Einſetzung gar

35) Foerster l. l. P. I. §. 15. p. 65 sq. not. 51. — Eben ſo erklären auch *Barthol.* Chesius Interpret. jur. Lib. II. Cap. IX. Nr. 32. (Jurisprud. Rom. et Attica T. II. p. 390.) *Jos.* Averanius Interpret. jur. Lib. IV. Cap. XXX. Nr. 9. (welcher die Stelle kurz und deutlich ſo umſchreibt: „Neque enim filius videtur obstitisse, *quemadmodum obstaret, si eodem filio exheredato*“ u. ſ. w.) *Jos.* Finestres de lib. et post. P. III. C. II. §. 7. et 8, Francke Notherbenr. S. 54. Note 19.

nicht eintreten werde [36]. Allein da die Enterbung ausdrücklich ausgeſprochen iſt, Enterbungen aber nicht begünſtigt ſind, ſo greift hier wieder der Grundſatz ein: post mortem suam filius exheredari non potest. Es muß ſich alſo noch beim Leben des Sohnes offenbart haben, ob die Bedingung eintritt oder wegfällt; nur in dieſem Falle iſt er giltig enterbt. Stirbt er während des Schwebens der Bedingung, ſo wird nunmehr die Enterbung als gar nicht vorhanden angeſehen, folglich iſt noch im letzten Augenblicke ſeines Lebens für ihn die Inteſtaterbfolge eingetreten. Von einem ſolchen Falle handelt Tryphonin Lib. XX. Disput [37].

„Filius a patre, cujus in potestate est, sub conditione, quae non est in ipsius potestate, heres institutus, et in defectum conditionis exheredatus, decessit, pendente etiam tunc conditione tam institutionis, quam exheredationis. Dixi: heredem eum ab intestato mortuum esse, quia dum vixit [38], neque ex testamento heres, neque exheredatus fuit. Herede autem scripto ex parte filio, coheres post mortem filii institui potest.“

Ueber den erſten Theil der Stelle, deſſen weſentlicher Inhalt in der vorſtehenden Bemerkung enthalten iſt,

36) L. 13. D. *quando dies legator. vel fideic. cedat.* (XXXVI. 2.) L. un. §. 7. C. *de cad. toll.* (VI. 51.)

37) L. 28. pr. D. *h. t.*

38) Die Flor. hat *vivit*. Die dem Sinn beſſer entſprechende Haloandriniſche Lesart *vixit* findet ſich in vielen ältern Ausgaben, und wird auch bei Ruſſardus als Variante angeführt.

herrſcht in der Hauptſache völliges Einverſtändniß unter den Auslegern [39]. Nur über einzelne Punkte ſtreitet man. War hier der Sohn allein (als heres ex asse) eingeſetzt, oder hatte er Miterben? Letzteres iſt alsdann auſſer Zweifel anzunehmen, wenn dem eingeſetzten Sohne auch kein Subſtitut ernannt iſt. Denn die Einſetzung beſteht hier nur durch die in casum contrarium hinzugefügte Enterbung, dieſe aber ſetzt zu ihrem Rechtsbeſtande voraus, daß im Teſtamente Jemand eingeſetzt iſt, der den Enterbten ausſchließen kann [40]. Hat nun in unſerm Fall der Sohn keine Miterben, ſo mag immerhin die Bedingung auch bei ſeinem Leben wegfallen, er wird nichts deſtoweniger die Erbſchaft ab intestato erhalten; die Enterbung wäre hier alſo eine durchaus wirkungsloſe Handlung. Iſt indeſſen dem ex asse eingeſetzten Sohne ein Subſtitut für den Fall ernannt, daß er nicht Erbe werden würde, ſo läßt ſich, wie ich glaube, das Gegentheil behaupten. Denn die Regel, daß die Giltigkeit eines Teſtaments nicht erſt mit der Subſtitution anfangen könne [41], leidet hier keine Anwendung, da der Sohn an ſich giltig eingeſetzt iſt [42]; fällt die

39) S. z. B. Glossa ad *h. l.*, Bartolus super Infortiato ad *h. l.* *Detl.* Langebek in Leges aliquot perdifficil. annotatt. Cap. I. (Otto Thesaur. T. I. p. 543 sq. *Barthol.* Chesii Interpret. jur. Lib. II. Cap. IX. Nr. 25 sq. (Jurisprud. Rom. et Attica T. II. p. 387 sq.) *Jos.* Averanii Interpret. jur. Lib. IV. Cap. XXIX. Nr. 7 sqq. *Jos.* Finestres de lib. et post. P. III. Cap. II. §. 16. 17.

40) L. 20. pr. D. *de B. P. contra tabb.* Finestres l. l. §. 3. und §. 18. — Vgl. unten Note 43 und Note 78.

41) L. 8. §. 5. D. *de B. P. contra tabb.*

42) arg. L. 14. §. 1. D. *h. t.* „Quod vulgo dicitur, eum

Bedingung, unter welcher er eingeſetzt wurde, weg, ſo iſt nun Jemand da, der ihn ausſchließt. Nur alſo, wenn der Sohn ſtirbt, während die Sache noch in suspenso iſt, werden Subſtituten, wie Miterben, ausgeſchloſſen, und eben ſo wenig treten jetzt die auf den Sohn folgenden Inteſtaterben ein. Dieſer iſt ſelber ſchon beim Leben ſeines Vaters deſſen Inteſtaterbe geworden, „quia dum vixit, neque ex testamento heres, neque exheredatus fuit,“ wie Tryphonin ſagt; d. h., da erſt durch ſeinen Tod die Bedingung wegfällt, ſo war er während ſeines Lebens weder Teſtamentserbe noch für enterbt zu achten, nach ſeinem Tode aber kann die Enterbung nicht erſt anfangen zu wirken [43].

Mehr Streit herrſcht aber über denn Sinn des zwei-

gradum, a quo filius praeteritus sit, non valere, non usque quaque verum esse ait; nam si primo gradu heres institutus sit filius, non debere eum a substitutis exheredari.“

43) Zu weit dehnt indeſſen Bartolus dieſen Grund aus, wenn er folgende Regel aufſtellt: „Si exheredatio facta in conditionis defectum non potest confirmari aditione, testamentum est nullum, et filius patri ab intestato succedit“; (in der Summa ad h. l. und in Commentar. sup. Infort. ad h. l.) Die L. 20. pr. D. *de B. P. contra tabb.* ſagt zwar, daß eine Enterbung ungiltig ſey, wenn der eingeſetzte Erbe die Erbſchaft nicht antrete; und dieß ſetzt denn von ſelbſt ein Teſtament voraus, aus welchem die Antretung an ſich möglich iſt. Allein die Enterbung beſteht nichts deſto weniger, wenn der Exheredirte den Antritt der Erbſchaft auch nicht erlebt; wird ſpäter erſt das Teſtament deſtituirt, ſo kommt die Verlaſſenſchaft an die auf den enterbten Sohn folgenden nächſten Inteſtaterben (ſ. die in d. Note 26 enthaltenen Quellencitate).

ten Theils unſerer Stelle. („Herede autem scripto ex parte filio, coheres post mortem filii institui potest“). Die Gloſſatoren und überhaupt die meiſten älteren Ausleger gehen von der Vorausſetzung aus, es ſey auch hier der Notherbe unter einer Bedingung eingeſetzt; der Unterſchied zwiſchen beiden Fällen beſtehe alſo hauptſächlich darin, daß er in dem erſten auf das Ganze, in dem letzten aber nur auf einen Theil eingeſetzt worden. Doch giebt es hier wieder zwei beſondere Meinungen. Nach der einen iſt neben dem unter einer Bedingung eingeſetzten und in casum contrarium enterbten Sohne ein Dritter auf einen Theil pure, für den Fall aber, daß der Sohn die Bedingung nicht erleben würde, auf das Ganze eingeſetzt. Dieſe Einſetzung ſoll, wenn der vorausgeſetzte Fall eintritt, zu Recht beſtehen, und zwar aus dem Grunde, weil der Miterbe doch ſchon Erbe geworden ſey [44]). Nach der zweiten Meinung iſt der Miterbe dem bedingt eingeſetzten Sohn auf deſſen Todesfall (verſteht ſich, wenn dieſer pendente conditione eintritt) ſubſtituirt [45]). So viel Mühe ſich die Anhänger dieſer Meinungen zum Theil auch geben, um eine praktiſche Verſchiedenheit derſelben darzuthun, ſo ſind ſie doch im weſentlichen Reſultate einig. Denn ſie ſetzen beide voraus, daß der Sohn mit Tode abging, ehe noch die Bedingung eintrat; er war folglich gar nicht Erbe geworden, und der Miterbe konnte alſo den

44) S. beſonders die Accurſiſche Gloſſe und Langebek l. l. (bei Otto T. I. S. 545 sq.)

45) Zu den Anhängern dieſer Meinung gehörte vielleicht der Gloſſator Pillius, den Accurſius auf jeden Fall höchſt nachläſſig excerpirt hat. Unter den ſpätern iſt hier hauptſächlich zu nennen *A.* Faber Conjectur. jur. civ. Lib. III. Cap. XV.

wegfallenden Theil immer nur jure substitutionis erhalten. Der bedeutendſte Unterſchied zwiſchen dieſen Meinungen beſteht wohl darin, daß die Vertheidiger der zweiten den Text für corrumpirt halten, und die Schlußworte ſo leſen wollen: Coheres post mortem filii *substitui* potest. Beide Anſichten ſind aber ihrer faktiſchen, wie ihrer juriſtiſchen Grundlage nach gewiß falſch. Bei beiden wird angenommen, daß in dem erſten Falle weder ein Miterbe, noch ein Subſtitut vorhanden war. Dann aber könnte ja die Enterbung überall nicht zu Recht beſtehen. Und wenn das Teſtament überhaupt nicht gilt, ſobald der unter einer zufälligen Bedingung eingeſetzte Hausſohn ſtirbt, während die Bedingung noch unentſchieden iſt, ſo iſt doch in der That nicht abzuſehen, wie nun darauf etwas ankommen ſoll, ob er allein oder mit andern eingeſetzt — ob ihm Jemand ſubſtituirt würde oder nicht. Wird das Teſtament für ungiltig erklärt, weil die darin angeordnete Enterbung es iſt, ſo fallen auch die in demſelben verfügten Subſtitutionen und Ernennungen von Miterben von ſelbſt weg. — Weſtphal, welcher nur dieſe beiden Meinungen kennt, aber keine billigt, verzweifelt an der Möglichkeit irgend einer Erklärung, indem er in die Worte ausbricht: „es iſt ohnmöglich, einen ſchicklichen Sinn dieſes Zuſatzes zu finden“ [46]. In der That muß auch ich bekennen, daß mir die Stelle keinesweges ſo leicht verſtändlich erſcheint, wie ſie einigen neueren Schriftſtellern vorkommt. Eine bedeutende Schwierigkeit entſteht dadurch, daß die Worte: „herede autem scripto ex parte filio“ in ihrer jetzigen Verbindung mit dem Vorhergehenden auf einen Gegenſatz von: *ex asse*

46) Weſtphal von Teſtamenten u. ſ. w. §. 411. S. 305.

instituto filio hinzudeuten ſcheinen. Ich möchte daher mit Hotman ſagen: „hanc appendiculam ineptissime Tribonianus reliquit. Nam ad proximam disputationem non nisi casu quodam et, ut vulgo loquimur, ex incidenti pertinet [47]). Doch bin ich damit einverſtanden, daß Tryphonin ſagen wollte: wenn der Sohn unbedingt auf einen Theil eingeſetzt iſt, ſo kann auf ſeinen Todesfall der Miterbe deſſelben giltig zum Erben ernannt werden [48]). Dieß hat zwar keine Wirkung, wenn der Sohn ſelber ſeinen Erbtheil erwirbt, denn: „hereditas ex die vel ad diem non recte datur“ [49]); wohl aber zeigt es ſich in dem Falle wirkſam, wenn der Sohn vor ſeinem Vater mit Tode abgeht. Höchſt wahrſcheinlich haben die Compilatoren hier einen Verbindungsſatz ausgelaſſen, und der Ideengang Tryphonins in dieſer ganzen Stelle möchte etwa folgender ſeyn: 1) Wenn Jemand ſeinen Sohn unter einer Bedingung einſetzt und auf den entgegengeſetzten Fall enterbt, ſo muß der Sohn das Eintreten oder das Wegfallen der Bedingung erleben, ſonſt iſt ſchon bei ſeinen Lebzeiten die Inteſtaterbfolge eingetreten, folglich auch ſein Miterbe ausgeſchloſſen. 2) Dieß gilt nicht blos alsdann, wenn der Sohn den Vater überlebt und hierauf pendente conditione ſtirbt, ſondern auch wenn er vor dem Vater ſtirbt, indem hier ebenfalls die Regel entgegen ſtehen würde: post mortem suam filius

47) *Fr.* Hotmani Scholae in LXX. Titt. Dig. et Cod. ad *h. l.* (opp. T. II. P. II. p. 145.)

48) S. Finestres l. l. §. 18. Foerster l. I. p. 56. not. 34. Francke Notherbenrecht S. 56.

49) L. 34. D. *de acquir. vel omitt. hereditate.* (XXIX. 2.)

frustra exheredabitur. 3) Wird indeſſen der Sohn pure neben einem Andern eingeſetzt und dieſer auf das Ganze für den Fall zum Erben ernannt, daß jener den Anfall der Erbſchaft gar nicht erleben würde, ſo iſt die Verfügung zu Recht beſtändig und wirkſam.

Wie aber, wenn der Sohn unter einer nicht willkührlichen Bedingung eingeſetzt, auch auf den entgegengeſetzten Fall nicht enterbt iſt, und nun die Bedingung eintritt? Daß ein ſolches Teſtament nach Civilrecht ungiltig iſt, folglich der Sohn nicht aus der letztwilligen Verfügung, ſondern ab intestato erbt, iſt keinem Zweifel unterworfen, denn „quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere“ [50]).

Von ſelbſt verſteht ſich, daß unmögliche und unerlaubte Bedingungen auch der Einſetzung eines Notherben nicht hinzugefügt werden dürfen. Doch zeigt ſich hierbei ein wichtiger Unterſchied zwiſchen der Einſetzung von Notherben und von Fremden. Bei dieſer bewirkt die Hinzufügung ſolcher Bedingungen keineswegs Nichtigkeit des Teſtaments, ſondern die Bedingung wird nur als gar nicht vorhanden betrachtet (pro non scripta habetur) [51]). Anders verhält es ſich, wenn Notherben auf dieſe Art eingeſetzt werden, da in Anſehung dieſer un-

50) L. 29. u. L. 201. D. *de Reg. Jur.* Die letztere Stelle enthält eine beſtimmte Anwendung jener Regel auf das Recht der Teſtamente: „Omnia, quae ex testamento proficiscuntur, ita statum eventus capiunt, si initium quoque sine vitio coeperint.“ — Foerster l. l. P. I. §. 10. p. 56 sq.

51) L. 14. D. *de conditionib. institut.* Höpfner u. Weber im Inſtit. Commentar §. 441. Note 3. Nr. 1.

mögliche oder unerlaubte Bedingungen nicht wirkſamer ſeyn können, als zufällige. Papinianus Lib. XVI. Quaest. „Filius, qui fuit in potestate, sub conditione scriptus heres, quam Senatus aut Princeps improbant, testamentum infirmat patris, *ac si conditio non esset in ejus potestate*“ [52]). Dieſer Grund hat zu der Meinung Veranlaſſung gegeben, daß die unter einer phyſiſch oder juriſtiſch unmöglichen Bedingung erfolgte Einſetzung des Sohnes alsdann zu Recht beſtehe, wenn derſelbe auf den entgegengeſetzten Fall enterbt ſey [53]). Allein das iſt gewiß die Meinung des römiſchen Juriſten nicht geweſen. Denn da jene Bedingungen bei Teſtamenten überhaupt rechtlich keine Bedeutung haben, ſo muß auch die auf den Fall ihrer Nichterfüllung ausgeſprochene Enterbung unwirkſam ſeyn. Was nicht erfüllt werden kann oder darf, das iſt überall kein Gegenſtand einer rechtlich bindenden Auflage; es würde daher in ſich widerſprechend ſeyn, dennoch davon irgend eine juriſtiſche Folge abhängig zu machen [54]).

Uebrigens galt dieſe Beſchränkung, in Beziehung

52) Cujacius in Lib. XVI. Quaest. Papin. ad h. l. (opp. postum. ed. Par. T. I. P. I. p. 411 sq.) Id. ad *Pauli* Recept. Sentent. Lib. III. Tit. IV. B. §. 2. (in Schultingii Jurispr. vetus antejustin. p. 345. not. 5.) — Foerster l. l. P. I. §. 9. p. 54.

53) Fein Diss. cit. §. 28. — Cujacius, der hier auch wohl genannt zu werden pflegt, hebt zwar Papinians Grund, weshalb eine der Einſetzung eines Notherben hinzugefügte unerlaubte Bedingung dem Teſtamente ſchaden ſoll, ſehr hervor, ohne indeſſen die im Text erwähnte Folgerung daran zu knüpfen.

54) Francke Notherbenr. S. 55.

auf die Einſetzung lebender Deſcendenten nur für Söhne. Da Töchter und Enkel auch präterirt werden konnten, ohne daß dieß dem Rechtsbeſtande des Teſtaments ſchadete, ſo durfte man ſie auch unter einer zufälligen Bedingung einſetzen, ohne ſie in contrarium eventum zu enterben. Dieſen Gegenſatz zwiſchen sui heredes überhaupt und zwiſchen Söhnen in der Gewalt hebt Ulpian ſehr beſtimmt hervor, wenn er in L. 4. pr. D. *de heredib. instit.* ſagt: „suus quoque heres [55]) sub conditione heres potest institui. Sed excipiendus est filius [56]), quia non sub omnia conditione institui potest.“ Und auf ähnliche Art äuſſert er ſich in der L. 1. §. 8. D. *de suis et legit. heredibus.* „Idem erit dicendum et si filius ex asse sub conditione, quae fuit in arbitrio ipsius, vel nepos sub omni [57]) institutus non impleta conditione decesserit.“

55) Hierbei bemerkt Accurſius: i. e. qui potest esse suus, ut nepos, pronepos, et deinceps. Indeſſen iſt dies ſicher nicht gemeint. Daß ein ſolcher Deſcendent, wenn er nicht etwa als nachrückender Poſtumus eingeſetzt wurde, unter jeglicher Bedingung, wie ein Extranuus, eingeſetzt werden konnte, verſtand ſich ganz von ſelbſt.

56) Dazu bemerkt Contius in ſ. Ausg. des Corp. jur. civilis: „Quidam hic notant flagitium Triboniani, quia isto jure filia fuerit ejusdem juris, a quibus ego dissentio.“ Dieſer Widerſpruch iſt auch gewiß ſehr gegründet. Denn wodurch hätte Tribonian wohl zu dieſer Aenderung bewogen werden ſollen, da ja gerade in dem neuern Rechte der alte Unterſchied zwiſchen Söhnen und Töchtern hinſichtlich des formellen Notherbenrechts aufgehoben wurde.

57) Haloander lieſ't, ſtatt omni, *conditione*, und zerſtört dadurch faſt ganz den beſtimmten Gegenſatz, den Ulpian ſo recht gefliſſentlich zwiſchen einer willkührlichen und

Welche Folgen hatte es nun aber, wenn die Bedingung nicht eintrat? Förſter nimmt an, daß alsdann die Töchter und Enkel von der Verlaſſenſchaft ausgeſchloſſen geweſen ſeyen [58]), Francke dagegen meint, es habe in dieſem Falle das jus accrescendi in partem ſtatt gefunden [59]). Ich halte die letztere Meinung nicht für richtig. Wer unter einer Bedingung giltig eingeſetzt iſt, kann nicht für Präterirt gehalten werden, nur wegen Präterition aber trat jenes jus accrescendi ein [60]). Die Förſterſche Anſicht iſt alſo offenbar die conſequentere. Doch darf man nicht vergeſſen, daß hier nur vom förmlichen Notherbenrecht die Rede iſt, deſſen Stelle bei Töchtern und Enkeln eben das jus accrescendi vertrat. Waren ſie aber auch hiervon giltig ausgeſchloſſen, ſo konnte ja ſelbſt nach dem Civilrecht [61]) das Teſtament noch mit der querela inofficiosi angefochten werden [62]).

Was nun endlich die postumi sui anbelangt, ſo rumpirte deren Präterition ſtets das Teſtament, ohne daß hierbei auf einen Unterſchied des Grades oder des

zwiſchen allen möglichen Bedingungen macht. Mit Recht erinnert dagegen Russardus (in ſ. Ausg. des Corp. jur.): „qui detraxerunt *omni*, non intellexerunt, se tollere discrimen observandum in filio et nepote instituendo.“ — Cod. Lips. Senat. lieſ't *sub conditione omni.*

58) l. l. p. 83.

59) Notherbenrecht S. 61.

60) Ulp. Fragm. Tit. XXII. p. 17.

61) Das prätoriſche Recht hat über das formelle Notherbenrecht noch eigentliche Beſtimmungen, welche erſt im folgenden §. erwähnt werden können.

62) Pr. Instit. *de inofficioso testamento.* — Vgl. oben S. 344. S. auch Bd. VII. des Comment. §. 551. S. 272.

Geſchlechts etwas ankam [63]). Daraus folgt denn, daß ſie ebenfalls nur unter einer Poteſtativbedingung eingeſetzt werden konnten, ſonſt aber auf den entgegengeſetzten Fall enterbt werden mußten. Da indeſſen ein Teſtament wegen Präterition eines Poſtumus nicht gleich Anfangs ungiltig iſt, ſo bewirkt auch die Einſetzung des Poſtumus unter einer unzuläſſigen Bedingung an und für ſich noch keine Nichtigkeit der letztwilligen Verfügung, ſondern es kommt hier Alles darauf an, in welcher Lage ſich die Sache zu der Zeit befindet, wo der Poſtumus erſcheint; iſt alsdann die Bedingung eingetreten, ſo ſteht ſie ſeinem Erwerbe nicht weiter im Wege, und es iſt nun ſo gut, als wäre er unbedingt eingeſetzt. Cum postumus sub conditione instituitur, *si prius, quam nascatur, conditio extiterit*, non rumpitur testamentum postumi agnatione“ [64]). Ganz anders, [illegible] zur Zeit der Agnation des Poſtumus die Beding[illegible]reits weggefallen iſt oder noch ſchwebt. Alsdann tritt das Recht eines präterirten Hausſohnes vollſtändig für ihn ein, das Teſtament iſt alſo null und nichtig. — Eine Beſtätigung dieſes, nach allgemeinen Grundſätzen ſich ſchon von ſelbſt verſtehenden Rechts, enthält eine Stelle aus dem neunten Buche der Quäſtionen von Paulus, welche in der Compilation [65]) ſo lautet:

„*Postuma* sub conditione heres instituta, si *pendente conditione vivo patre* nascatur, rumpit testamentum.“

Aber warum iſt hier nur von der postuma die Rede, — und tritt die Ruption etwa nicht auch in dem Falle ein,

63) S. oben S. 344 und 345. Nr. 1. u. 2.

64) L. 22. D. *h. t.*

65) L. 34. D. *h. t.*

wenn ein Poſtumus erſt nach dem Leben ſeines Vaters erſcheint? Eine eigenthümliche Anſicht hierüber hat Cujacius [66]: Daß das Recht der männlichen und der weiblichen Poſtumen völlig gleich ſey, wenn die Geburt pendente conditione erfolgt, und daß es hierbei auch keinen Unterſchied mache, ob der Poſtumus vor oder nach dem Tode ſeines Aſcendenten geboren werde, leugnet er nicht. Aber für den Fall, wenn zur Zeit der agnatio postumi die Bedingung bereits weggefallen war, habe ein Unterſchied zwiſchen männlichen und weiblichen Poſtumen ſtatt gefunden. Die erſteren hätten ſtets das Teſtament rumpirt, die letzteren aber in dem Falle nicht, wenn ſie beim Leben des Teſtirers geboren ſeyen; denn, weil Töchter auch inter ceteros hätten enterbt werden können, ſo ſeyen ſie alsdann auch für gehörig ausgeſchloſſen gehalten worden. Dabei habe denn Paulus bemerkt: ein Anderes finde ſtatt, wenn die Poſtuma während des Schwebens der Bedingung erſcheine; alsdann zerſtöre ſie das Teſtament auch beim Leben des Vaters; und dies ſey allein von Tribonian aufgenommen, da das Uebrige zu dem Recht ſeiner Zeit nicht mehr gepaßt habe. — Dieſe Erklärung geht von den willkührlichſten Vorausſetzungen aus, und ſtützt ſich zudem auf eine ganz falſche Anſicht von der exheredatio inter ceteros, welche man nicht als eine ſtillſchweigende, ſondern als eine ausdrückliche nur allgemein gehaltene Willenserklärung anſehen muß [67]. Auch iſt die ganze Darſtellung bei Cujacius ſo dunkel und ſchwerfällig,

66) Cujacius Comment. in Libr. IX. Quaest. Pauli (opp. postum. T. II. p. 1114.)

67) Vgl. oben S. 306.

daß er wohl nicht mit ſeiner Anſicht im Reinen war [68]. Daß die Compilatoren hier etwas weggelaſſen haben, iſt wohl auſſer Zweifel. Wahrſcheinlich ſprach Paulus den in der Stelle enthaltenen Rechtsſatz ganz allgemein aus, und bemerkte dabei, daß auch eine Poſtuma, ſelbſt wenn ſie beim Leben des Vaters geboren werde, das Teſtament zerſtöre. Ein Zweifelsgrund war hier wohl, daß eine lebende Tochter auch präterirt werden dürfe, mithin das Stillſchweigen des Vaters zu einer Zeit, wo die Tochter ſchon geboren war, einer Präterition gleichzuachten ſey. Da nun dieß Recht wenigſtens ſeit dem Jahre 531 [69]) nicht mehr galt, ſo konnte Tribonian dadurch leicht veranlaßt werden, ſich hier eine kleine Veränderung zu geſtatten. Urſprünglich lautete der Satz wohl ſo: posturna sub conditione heres instituta, *et si* pendente conditione vivo patre nascatur, rumpit testamentum. Durch das Weglaſſen des et vor si erhielt man allerdings einen brauchbaren Rechtsſatz, der aber in ſeiner jetzigen Faſſung freilich leicht zu einem falſchen argumentum a contrario führen, — mithin die unrichtige Meinung veranlaſſen konnte, daß die Tochter ein ſoches Teſtament nicht rumpire, wenn ſie erſt nach dem Tode ihres Vaters geboren werde. Dieß überſahen die Compilatoren hier, wie ſie bei ihren flüchtigen Aenderungen Aehnliches auch ſonſt häufig überſehen haben [70]).

68) In ſeinen Obſervationen trägt er eine etwas abweichende Anſicht, aber wo möglich noch verworrener vor. Genug, er hätte hier mit dem ehrlichen Hotman zu den Worten *vivo patre* ſagen können: „hoc quorsum additum sit, non intelligo" (Scholae in LXX. Titt. D. opp. T. II. P. II. p. 140.).

69) L. 4. Cod. *de lib. praeteritis.*

70) Anders erklärt *Jo.* Altamiranus ad Lib. VI. Quaest.

Was

II) das Recht der Enterbung anbetrifft[71]), ſo war auſſer Zweifel im älteren Recht auch die Enterbung an einen beſtimmten Ausdruck und an eine beſtimmte Formel geknüpft. Noch zur Zeit der juriſtiſchen Klaſſiker war die Formel üblich: exheres sit, oder esto, oder erit[72]);

Scaevolae Tractatus VI. §. 9. (in Meermani Thesaur. T. II. p. 469.). Er bringt unſere Stelle mit der Vorſchrift in Verbindung, daß ein vom erſten Grade präterirter, vom zweiten gehörig enterbter Poſtumus das Teſtament rumpire, wenn er erſcheint, ehe der erſte Grad weggefallen iſt. (S. meine Doctr. Pand. Vol. III. §. 682. Nr. 3.) Dieſe Erklärung iſt verſtändiger, als die von Cujacius, aber viel zu geſucht, und immer bleibt es auch hierbei noch im Dunkel, weshalb Paulus nur von der Poſtuma ſpricht. Leichter hilft ſich *Ant.* Faber (Conjectur. Lib. IX. Cap. V. in f.), indem er das *vivo patre* für einen Tribonianismus hält. Aber auch hier muß man wieder fragen: welchen Grund könnte Tribonian zu dieſer Aenderung gehabt haben, da der Satz gerade in ſeiner Allgemeinheit zu dem Recht der neueſten Zeit am beßten paßte. — Selbſt der gründliche Förſter begnügt ſich übrigens mit der Bemerkung: „Caeterum, quod Paulus dicit: *posthumam sub conditione heredem institutam, si pendente conditione vivo patre nascatur, rumpere testamentum*, certe falsissime ita interpretareris, quasi tunc, si mortuo patre pendente conditione nasceretur, contra observaretur.“ (l. l. P. I. §. 43. p. 121. sq. not. 46.)

71) Es folgen hier Nachträge zu den früheren Erörterungen von Glück Bd. VII. des Commentars §. 451. S. 197 — 204. u. S. 266 — 286.

72) Gaji Inst. II. §. 127. (§. 1. Inst. *de exheredatione liberorum.*) L. 2. L. 3. §. 2. u. 5. L. 13. §. 2. L. 14. §. 2. L. 15. 17. 19. D. *h. t.* u. a. Stellen. — S. auch Brissonius de formulis solennibus populi rom. Lib. VII. Cap. XXXI.

ſelbſt für die exheredatio inter ceteros [73]). Daß es nun nach dem neueſten Recht auf den Ausdruck ſelbſt nicht mehr ankommt, iſt gewiß: „Si quis filium ita exheredaverit: *ille filius meus alienus meae substantiae fiat*, talis filius ex hujus modi verborum conceptione non praeteritus, sed exheredatus intelligitur. Quum enim manifestissimus est sensus testatoris, verborum interpretatio nunquam tantum valeat, ut melior sensu existat" [74]). Indeſſen hat man die Anwendung davon hier wie bei der Erbeseinſetzung [75]) übertrieben; man hat vergeſſen, daß Enterbungen nicht begünſtigt ſind [76]), daß alſo bloße Wahrſcheinlichkeits-Schlüſſe hier nicht gelten können, vielmehr die Abſicht, den Notherben auszuſchließen zu wollen, mit unzweifelhafter Gewißheit feſtſtehen muß. Als Enterbung kann es daher wohl angeſehen werden, wenn der Teſtirer ſagt: meinen Sohn übergehe ich, oder: ich hinterlaſſe ihm nichts, oder: ich habe ihn mit Fleiß nicht bedacht; denn in allen dieſen Fällen kann die Abſicht, den Sohn auszuſchließen zu wollen, nicht zweifelhaft ſeyn. Dagegen iſt es nicht, wie Glück meint [77]), für eine Enterbung zu halten, wenn der Teſtirer ſich etwa ſo ausdrückt: meinen Sohn ſehe ich für tod an, ich mag an

73) L. 25. pr. D. *h. t.* Theophilus ad Pr. Inst. *de exheredat. liberor.* gegen das Ende.

74) L. 3. Cod. *de liberis praeteritis.* (VI. 28.)

75) S. Bd. XXXV. d. Comment. §. 1421. d. S. 321. Note 46.

76) L. 19. in f. D. *h. t.* — — „Scaevola respondit: — aliam causam esse institutionis, quae benigne acciperetur, exheredationes autem non esse adjuvandas."

77) Bd. VII. d. Comment. S. 200.

ihn nicht denken. Immer liegt hierin keine ſolche Erklärung, wodurch aller und jeder Zweifel über die wahre Abſicht des Teſtirers ausgeſchloſſen würde, und dieß allein muß nach der oben angeführten Rechtsregel genügen, um das Daſeyn einer Enterbung in dieſem Falle nicht anzunehmen.

Auſſer einer beſtimmten Willenserklärung nun iſt die Enterbung noch an folgende Bedingungen geknüpft

1) ſie muß in einem ſolennen Teſtament, — d. h. ſie darf nicht in einem Codicille geſchehen [78]; von ſelbſt verſteht ſich daher auch, daß in dem Teſtament ein Erbe ernannt ſeyn muß, indem dieß ja mit dem Begriff eines ſolennen und vollſtändigen Teſtaments aufs genaueſte zuſammenhängt [79]. Es kann ſogar Jemand in dem nämlichen Teſtamente enterbt und zum Erben ernannt ſeyn. Beides zuſammen kann natürlich nicht in Wirkſamkeit treten, ſondern das Eine muß das Andere nothwendig ausſchließen. Damit aber die Enterbung in einem ſolchen Falle überhaupt wirkſam werden könne, iſt erfor-

78) §. 2. Inst. *de Codicillis.* (Vgl. oben Note 86. zu S. 351. L. 2. Cod. *de Codicillis.* (VI. 36.) L. 14. C. *de testamentis* (VI. 23.). — Daß unter ſolennen Teſtamenten hier alle und jede verſtanden werden, worin die Einſetzung eines ſog. directen Erben giltig angeordnet werden kann, alſo auch die öffentlichen und die privilegirten Teſtamente, verſteht ſich von ſelbſt. Einzelne Streitfragen in dieſer Beziehung (z. B. ob in einem testamentum privilegiatum parentum inter liberos Enterbungen verfügt werden dürfen) ſind an ihrem Orte abzuhandeln.

79) L. 1. pr. D. *de heredib. instituendis.* — Noch nähere Belege zu dem in dem Texte vorgetragenen Satz enthalten oben die Noten 40. u. 43. zu S. 379 und 380.

derlich, daß der Notherbe unter einer Bedingung eingeſetzt, oder in casum contrarium enterbt ſey; und auch alsdann muß er entweder einen Miterben oder einen Subſtituten haben [80]). Wird der Notherbe unbedingt eingeſetzt und in dem nämlichen Teſtamente auch wieder enterbt, ſo bleibt die Enterbung ganz unbeachtet, die Einſetzung dagegen giltig.

L. 21. D. *h. t.* „*Pomponius Lib. II. ad Quintum Mucium*: „Si filium nominatim exheredavero et eum postea heredem instituero, heres erit.“

Wie aber, wenn zuerſt die Einſetzung und dann die Enterbung ausgeſprochen iſt? Für dieſen Fall behauptet Fineſtres das Gegentheil; alſo die Enterbung ſoll alsdann beſtehen, die Einſetzung aber als nicht vorhanden angeſehen werden [81]). Seine Gründe ſind, erſtlich, daß Pomponius ausdrücklich beſtimme: wenn zuerſt die Enterbung und dann die Einſetzung erfolge, ſo ſolle der Sohn Erbe werden. Hier komme alſo nur die Regel zur Anwendung: posteriorem scripturam priori esse potiorem, und unterſtützt wird dieß Argument noch dadurch, daß die aus dem nämlichen Buche des Pomponius ad Qu. Mucium entlehnte L. 67. D. de hered. instit. jene Regel ausdrücklich aufſtellt und nur auf einen andern Fall anwende: „Si ita scriptum fuerit: *Tithasus si in Capitolium ascenderit, heres esto; Tithasus heres esto;* secunda scriptura potior erit: plenior est enim quam prior.“ Indeſſen kann man ſich dagegen

80) S. hierüber die unter der vorſtehenden Num. I. B. S. 377 fgg. enthaltene Ausführung.

81) *Jos.* Finestres de liber. et postumis. P. IV. Cap. II. §. 3 – 5. (Praelect. Cervariens. p. 100 sq.

wieder auf eine andere Stelle von Pomponius berufen, wonach die in demſelben Teſtament erfolgte unbedingte Einſetzung durch eine folgende bedingte nicht aufgehoben werden ſoll, und zwar aus dem Grunde: quia satis plena prior institutio fuisset [82]). Alſo: die voll-

82) L. 27. §. 1. D. *de heredib. instit.* „Sed si te heredem instituero, et deinde eundem te sub conditione instituam, nihil valere sequentem institutionem, quia satis plena prior fuisset.“ — Anders verhält es ſich bei Vermächtniſſen, indem hier ſtets die letzte Verfügung entſcheiden ſoll; L. 89. D. *de condit. et demonstrationibus.* Den Grund dieſer Verſchiedenheit ſetzt *Barth.* Chesius (Different. jur. Cap. XXXVII. Nr. VII. u. VIII. in Heineccii Jurispr. Rom. et Attica T. II. p. 732 sq.) ganz richtig darin, daß Erbeinſetzungen nicht durch eine Erklärung in dem nämlichen Teſtamente wieder aufgehoben werden dürfen, worin ſie angeordnet ſind. Eben ſo *Greg.* Majansius Comment. ad XXX. Jctor. Fragmenta T. I. p. 244 sq. Dagegen will *Jo.* Voet (in Comment. ad Tit. Pand. *de conditionibus institutionum.* §. 2.) eine Verſchiedenheit zwiſchen Vermächtniſſen und Erbeinſetzungen hier überall nicht anerkennen. Er glaubt nämlich, daß bei dieſen wie bei jenen es allemal auf die letzte Verfügung ankomme, und interpretirt die L. 27. §. 1. cit. in folgender Art: die zweite Einſetzung, an ſich betrachtet, ſey überflüſſig, ſie beſtehe aber jetzt nur als eine bedingte. Allein die Bedingung einer Erbeinſetzung iſt mit dieſer ſelbſt ſo unzertrennlich verbunden, daß, wenn der Teſtirer eine Bedingung hinzufügen will, es aber unterläßt, die Einſetzung nun gar nicht beſteht (L. 9. §. 5. D. *de heredib. instit.*); eine ſolche Einſetznng erhält alſo gerade durch die Bedingung erſt ihr Daſeyn und ihre ganze rechtliche Bedeutung. Und wie konnte Pomponius, wenn er wirklich die Meinung hatte, welche Voet ihm unterſchiebt, alsdann wohl ſagen: nihil *valere* sequentem institutionem! —

ſtändigere, die unbeſchränktere Einſetzung ſoll hier vorgezogen werden [83]. Und dieß war denn auch wohl der Grund, weshalb Pomponius in der L. 21. D. *h. t.* beim Zuſammentreffen der Einſetzung und der Enterbung die erſte für giltig erklärte, ſo daß denn ſeine Entſcheidung wieder mit dem Grundſatze zuſammenhängt: exheredationes non esse adjuvandas. Es wird dieß um ſo wahrſcheinlicher, als man dieſen Grundſatz ebenfalls auf die Auctorität des Qu. Mucius Scävola ſtützte (Note 75), und auch durch die Aufeinanderfolge der Fragmente in der Compilation der hier zur Frage ſtehende Satz des Pomponius faſt als unmittelbare Anwendung davon erſcheint. Gewiß iſt es daher nur zufällig, daß der Juriſt hier den Fall ſo ſtellt, und ohnehin kommt ja nichts darauf an, ob die Einſetzung oder ob die Enterbung im Teſtamente voranſteht [84]. — Zweitens beruft Fineſtres ſich auf Pandecten-Stellen, welche ſeiner Meinung nach ſagen, daß durch das nämliche Teſtament Jemand zum Erben eingeſetzt, und auch von

Auch iſt ja die Erbeinſetzung in ähnlicher Art vor den bloßen Vermächtniſſen begünſtigt, wenn mehrere Bedingungen bei einer und derſelben Verfügung angeordnet ſind. Eine braucht nur erfüllt zu werden, aber bei Erbeinſetzungen iſt es ganz gleichgiltig welche (L. 27. §. 2. D. *de heredib. instit.*), bei Vermächtniſſen dagegen muß die letztere erfüllt werden; L. 87. u. L. 90. D. *de condit. et demonstrat.* (XXXV. 1.)

83) Haloander (und eben ſo Beck) lieſ't in der L. 27. §. 1. D. *de heredib. instit.* ſtatt *plena*: *plana* (quia satis *plana* institutio fuisset). Doch an Deutlichkeit fehlt es auch der bedingten Erbeseinſetzung nicht, und daß dieß hier nicht gemeint ſey, ergiebt ſich auch aus der L. 67. *eod.*, wo doch auch Haloander lieſ't *plenior* est.

84) L. 1. pr. D. *de heredib. instit.*

der Erbſchaft wieder ausgeſchloſſen werden könne. Die erſte Stelle iſt die L. 1. §. 4. D. *de his, quae in testamento delentur, inducuntur, vel inscribuntur* (XXVIII. 4.): „et hereditatis portio ademta, vel tota hereditas, si forte sit substitutus, jure facta videbitur [85]); non quasi ademta, quoniam hereditas semel data adimi facile non potest, sed quasi nec data.“ — Fineſtres verſteht dieſe Stelle ſo; daß

85) Der Haloandriſche Text enthält hier wieder (wie leider häufig, — was man der großen Verdienſte Haloanders unbeſchadet denn doch nicht überſehen darf) — eine bloße Interpretation. Er lieſ't nämlich: „Et cum hereditatis portio adempta est, vel tota hereditas, (si forte sit substitutus), ademptio jure facta videbitur.“ — Noch gewaltſamer verfährt *A.* Faber Conjectur. Lib. XVIII. Cap. XVI. in f. Er ſtreicht die Worte: „si forte sit substitutus“ und: „facta (bei jure) weg, und auſſerdem zieht er noch die Worte des §. 3. (von: Etsi quidem illud u. ſ. w.) zu unſerer Stelle, blos um einen beſſern periodiſchen Zuſammenhang in das Ganze zu bringen. Andere kritiſche Verſuche hinſichtlich der Texteswörte, wozu dieſe Note gehört, ſ. bei Schulting u. Smallenburg Notae ad Digesta T. V. p. 39. Indeſſen bedarf es hier der kritiſchen Hülfe überall nicht. Denn wenn gleich die Redensart: „hereditatis portio *ademta jure facta* videbitur“ den Regeln einer guten Latinität keineswegs entſpricht, ſo darf man doch nicht vergeſſen, daß die Sprache ſich zu der Zeit, in welcher Ulpian ſchrieb, ſchon ſtark dem Verfall zuneigte; ja ſelbſt ſchon bei Julianus finden wir eine ähnliche Redeform, nämlich L. 3. §. 6. D. *de Collationibus* (XXXVII. 6.), wo er von einem filius emancipatus factus ſpricht. Juſtinian geſtattete ſich freilich dergleichen Zierrathen viel unbedenklicher. M. ſ. L. 24. Cod. *de Legatis* (VI. 37.) (— „*filio — exheredato facto*“) ſ. *Jo. van de* Water Observat. jur. rom. Lib. III. Cap. II. p. 252 sq.

wenigſtens in dem Falle, wenn ein Subſtitut da iſt, die Aufruſung der Einſetzung in dem nämlichen Teſtamente geſchehen könne. Wir wollen ſehen, ob ſich dieſe Anſicht rechtfertigen läßt. Das Pandecten-Fragment, von welchem unſere Stelle einen Theil bildet, gehört zu den ſchwierigeren; vermuthlich geſtatteten ſich die Compilatoren dabei manche Auslaſſungen, wodurch dem Ganzen Licht und Zuſammenhang entzogen wurde. Auch greift hier die verhältnißmäßig noch wenig gekannte Lehre von den Indignitäts-Fällen ein. So iſt namentlich noch keinesweges genügend aufgeklärt, wie ſich das Recht des Aerarium oder des Fiskus zu dem der Miterben oder Subſtituten des Indignus verhalte. Gewöhnlich nimmt man als ausgemacht an: die Durchſtreichung des Namens in dem Teſtamente habe ohne Weiterers eine Indignitäts-Erklärung begründet, in Folge deren der Erbtheil des Indignus mit Ausſchließung der Miterben und Subſtituten an den Fiskus gekommen ſey. Cujacius trägt daher kein Bedenken die Worte der L. 2. D. *de his quae in testamento delentur:* „Sed si instituti nomen induxit, et substituti reliquit, *institutus emolumentum hereditatis non habebit*" — in der Art zu ändern, daß er in dem letzten Satze ſtatt institutus lieſt: *substitutus* [86]), und Andere haben ihm hierin beigeſtimmt [87]). Dieſe Begriffe nun übertrug man auch wohl auf unſere Stelle, was denn zu den wunderlichſten

86) Cujacius in Comment. ad L. 2. D. de his quae in test. delentur; opp. prior. ed. Par. T. I. p. 1113.

87) z. B. *A.* Faber Conjectur. Lib. XVIII. Cap. XVI. *v. de* Water l. l. p. 251. *Jo.* Voet ad Tit. Dig. *de his quae in test. del.* §. 3. *R. J.* Pothier Pand. Justin. ad eund. Tit. Nr. 4. T. II. p. 195. not. a.

Auslegungen Veranlaſſung gab [88]. Indeſſen läßt ſich gegen die Richtigkeit der Anſicht, daß der Fiskus das Recht der Miterben und Subſtituten ausgeſchloſſen habe, mancher wohl nicht ungegründete Zweifel erheben. Die dafür angeführten Stellen ſagen dieß keineswegs beſtimmt. Soferne nach denſelben der Fiskus in das Recht des Indignus eintritt, wird ſtets von der Vertilgung der Namen ſämmtlicher Erben, oder auch von einem heres ex asse geſprochen; iſt aber von Miterben die Rede, ſo heißt es in Anſehung des Rechts der Uebrigen nur: die Indignität des Wegfallenden ſolle ihnen nicht ſchaden, was ja doch nicht gerade nur ſo verſtanden werden darf, als ob ſie auſſer ihrem Erbtheile nichts weiter fodern dürften [89]. Laſſen wir dieß aber auch auf ſich beruhen, ſo iſt ja erſtlich in der L. 1. D. *de*

88) *Barth.* Chesius, welcher ſonſt die Frage, mit deren Erörterung wir es hier zu thun haben, im Allgemeinen richtig beantwortet, verſteht die Worte *si forte sit substitutus*, ſo: dem Subſtituten könne zwar die Erbſchaft in demſelben Teſtamente wieder genommen werden, nicht aber dem Inſtituten (Interpretat. jur. Lib. I. Cap. XVII. Nr. XVII. sqq., in Heineccii Jurisprud. Rom. et Attica T. II. p. 111 sq.) Dieſe ſchlechte Erklärung machte es dann freilich dem Fineſtres leicht ihn zu widerlegen. — A. Faber will eben aus dem im Text angeführten Grunde die bedenklichen Worte tilgen (ſ. Note 85.). *Van de* Water aber (l. l. p. 250.) verſteht die Stelle gar von einem Falle, wo der Teſtirer den anfänglich inſtituirten Erben in einen Subſtituten verwandelte, und will daher geleſen wiſſen: *si forte institutus sit substitutus!*

89) Vgl. L. 2. u. 3. D. *de his quae in testamento delentur.* L. 12. in f. L. 16. §. 2. D. *de his quae ut indignis auferuntur.*

his quae in testamento delentur nicht blos von der inductio nominum die Rede, ſondern auch von andern Fällen, in welchen eine teſtamentariſche Verfügung nicht wirkſam wird, ſo namentlich von dem Falle, wenn etwas wieder getilgt wird, noch ehe das Teſtament ganz zu Stande gebracht war [90]; nach der richtigen Bemerkung des Bartolus aber bezieht ſich der §. 4. auf den ganzen vorausgehenden Inhalt der L. 1. cit. [91]. Geſetzt aber auch zweitens, es hätte Ulpian hier an eine inductio nominum, und zwar nach vollendetem Teſtamente, gedacht, ſo iſt doch gewiß die Annahme nicht richtig, daß eine ſolche Handlung jedesmal Indignität nach ſich gezogen habe; die ſcheinbar allgemein ſprechenden Stellen müſſen hier, wie ja ſo oft bei der Interpretation unſerer Quellen, nach den beſonderen Beſtimmungen beſchränkt werden. An mehr als einer Stelle aber wird geſagt, daß bei Vernichtung eines Teſtaments oder bei einer Durchſtreichung der Namen, auf die Abſicht des Teſtirers geſehen werden müſſe, und daß nicht der Fiskus, ſondern die Inteſtaterben einträten, wenn die Meinung des Teſtirers nicht geweſen ſey, den ernannten Erben für einen indignus zu erklären [92]; warum man

90) L. 2. §. 2. D. *de his quae in test. del.* — Auf dieſen Fall will Cujacius l. l. (ſ. d. Note 86.) den §. 4. vorzugsweiſe beziehen. — Eben ſo *Gr.* Majansius Disput. jur. Nr. XXII. §. 5. p. 475 sq.

91) Bartoli Summa ad *h. l.* „Iste versiculus refertur ad totum dictum."

92) L. 4. in f. D. *de his quae in test. del.* L. 1. §. 8. D. *si tabulae testamenti nullae extabunt* (XXXVIII. 6.) L. 30. Cod. *de testamentis* (VI. 23.) Vgl. auch *Jo.* Voet ad Tit. Dig. *de his quae in test del.* §. 3.

dieß aber auf das Recht der Inteſtaterben einſchränken und nicht auch auf Miterben und Subſtituten beziehen will, iſt doch in der That nicht abzuſehen. — Dieß nun vorausgeſetzt kann die Interpretation der Stelle keinen großen Schwierigkeiten unterliegen; doch iſt hierbei zu berückſichtigen, was über den Mangel an gehöriger Verbindung der Sätze, woran freilich das ganze Fragment leidet, oben bemerkt wurde. — Wenn der Name eines Erben vernichtet iſt (will Ulpian ſagen), ſo fallen deßhalb die übrigen, auf direkte Erbeinſetzung ſich beziehenden Verfügungen noch nicht weg. Alſo: hatte er Miterben, ſo iſt die Einſetzung nur zu einem Theile vernichtet; war er heres ex asse und hatte einen Subſtituten, ſo fällt ſein ganzes Recht weg, die Subſtitution aber bleibt möglicher Weiſe bei Kräften. Genug, die Aufhebung ſelbſt iſt giltig, und zwar nicht etwa, als wäre in demſelben Teſtamente Jemand eingeſetzt und auch wieder ausgeſchloſſen, ſondern als wäre die ihn betreffende Anordnung darin gar nicht enthalten. Denn es iſt ja die bloße Vernichtung einer Verfügung noch verſchieden von einer in dem nämlichen Teſtamente ausgeſprochenen, das directe Gegentheil enthaltenden Erklärung. Was ſich überall nicht mehr im Teſtamente findet, das kann auch nicht als in demſelben angeordnet betrachtat werden. Stehen aber in dem Teſtamente zwei Verfügungen, von denen die eine etwas zuwendet, die andere den Honorirten wieder ausſchließt, ſo kann die Frage aufgeworfen werden — die im Fall einer bloßen Vernichtung ſchon gar nicht möglich iſt — welche Verfügung denn eigentlich gelten ſolle? Und wo dieß auch gar nicht zweifelhaft iſt (wie z. B. wenn die Aufhebung einer Verfügung ausdrücklich er-

klärt wird), da kann doch die formelle Natur gewiſſer Geſchäfte ſolchen derogirenden Beſtimmungen im Wege ſtehen. Dieß nun war hier der Fall. Wenigſtens die Aufhebung von Erbeinſetzungen geſtattete man nicht durch entgegenſtehende Verfügungen in dem nämlichen Teſtamente; bei Vermächtniſſen ließ man dieß geſchehen [93]).

Noch weniger gehört hieher die L. 44. D. *de heredib. instit.*, auf welche Fineſtres ebenfalls ſeine Anſicht zu ſtützen ſucht. Ein Vater ſetzt ſeine beiden Hausſöhne unter der Auflage ein, ihm in beſtimmter Zeit ein Monument zu errichten, und enterbt ſie für den Fall, wenn dieſer Auflage nicht genügt werden würde. Dieſe Enterbung ſoll in Anſehung deſſen, der dem väterlichen Gebote nicht nachkommt, wirkſam ſeyn. Aber was ſoll dieß hier beweiſen? Die Stelle enthält ja nur eine Anwendung des bekannten Rechtsſatzes, daß Hauskinder unter jeder Bedingung giltig eingeſetzt werden können, wenn ſie unter der entgegengeſetzten enterbt werden [94]).

93) L. 16. L. 17. D. *de adimendis vel transfer. legatis.* (XXXIV. 4.)

94) Dahin gehören denn auch die ſonſt noch von Fineſtres angeführten Stellen, nämlich L. 41. §. 8. *de Legatis III.* L. 27. D. *ad L. Falcidiam.* (XXXV. 2) — Von dieſen und ähnlichen Anordnungen gilt das oben im Text Geſagte; es darf dies nicht ſo angeſehen werden, als ſey Jemand in dem nämlichen Teſtamente eingeſetzt und enterbt, ſondern als ſey (für den Fall, daß die Bedingung nicht eintritt) die Einſetzung gar nicht verfügt. (Vgl. hier auch Thibaut im Archiv. f. civiliſt. Praxis Bd. VII. Abh. XIX. S. 363 fgg. Francke Notherbenr. §. 4. S. 45 fg. Note 4.) Darum läßt ſich denn auch nicht ſagen, daß die ältere Einſetzungsform cum cretione („heres Titius esto, cernitoque in diebus

Dagegen haben wir eine Stelle, welche für die hier vertheidigte Meinung einen ſehr beſtimmten Beweisgrund enthält. Es iſt die L. 17. §. 2. D. *de testamento militis* (aus *Gaji* Lib. XV. ad Edictum provinciale): „Si eodem testamento *miles* eundem heredem, deinde exheredem scripserit, ademta videtur hereditas, *quum in paganorum testamento sola exheredatione hereditas adimi non possit.*" — Bei dem Teſtamente eines Soldaten wird alles wörtlich genommen, und darum kann er auch ſeine Verfügung auf jede Weiſe wieder aufheben, ſobald nur ſeine Abſicht hierüber nicht zweifelhaft iſt [95]). Daß nun in Teſtamenten Anderer dieß nicht geſchehen könne, ſagt eben die angeführte Stelle. Zwar fehlt das *non* hinter *adimi* in manchen Hand-

proximis — —; quodni ita ereveris exheres esto"; Gaji Inst. II. §. 165. — Ulpiani Fragm. Tit. XXII. §. 27.) — zugleich Einſetzung und Enterbung enthalten habe; vielmehr liegt hierin nur eine bedingte Einſetzung. — Beiläufig mag hier noch folgendes bemerkt ſeyn. Es wird ausdrücklich geſagt, daß die eben erwähnte Einſetzungsformel bei extraneis heredibus vorgekommen ſey. Damit ſteht denn auch nicht im Widerſpruch die mehrmals aus der L. 132. D. *de verbor. obligationibus* angeführten Aeuſſerung von Paulus: daß Enterbungen in Beziehung auf einen Extraneus etwas Nichtsſagendes ſeyen. Bei der Einſetzung cum cretione bildet das *exheres esto* nur einen Theil der Einſetzungsform, darf alſo nicht überſetzt werden: er ſoll enterbt ſeyn, ſondern er ſoll nicht Erbe ſeyn, wenn die Bedingung nicht erfüllt wird. Ein anderes aber iſt es, wenn der Teſtirer geradezu nur eine Enterbung ausſpricht; davon muß man allerdings ſagen, es ſey dieß *res in extraneo inepta.*

95) L. 15. §. 1. D. *de testamento militis.* — L. 34. §. 2. D. *eod.* — L. 1. in f. Cod. *de test. militari.* (VI. 21.)

ſchriften [96]); allein die Florentiniſche Lesart, welche auch von der überwiegenden Mehrzahl der Ausleger ausdrücklich oder ſtillſchweigend angenommen wird, verdient hier offenbar den Vorzug [97]). Denn da der Juriſt nicht etwa nur einen einzelnen ihm vorgelegten Fall entſcheidet, ſondern eine Rechtsquelle erläutert, ſo iſt kein Grund gedenkbar, welcher ihn zu der Bemerkung veranlaßt haben könnte: den Soldaten ſtehe das Recht einer ſolchen Aufhebung zu, indem ja auch Andere dieß dürften. Die Richtigkeit der Florentiniſchen Lesart nun alſo vorausgeſetzt, ſcheint gegen die hier angenommene Interpretation kein Zweifel möglich zu ſeyn, wie ſie denn auch als die gewöhnliche betrachtet werden darf [98]). Anderer Meinung iſt indeſſen Cujacius und mit ihm Fineſtres [99]).

96) S. hierüber die Accurſiſche Gloſſe, ferner die Marginalbemerkungen bei Haloander und Ruſſardus u. *A.* Augustinus Emendationum et opin. Lib. I. Cap. III. (opp. T. II. p. 14.) 94).

97) *A.* Augustinus Emendationum etc. Lib. I. C. II. u. C. III. z. A. — *Siegm. Reich.* Jauchii de Negationibus Pand. Florent. p. 55. der Amſterdamer Ausg. — Auch in dem Cod. Lips. Senat. findet ſich das *non*.

98) M. ſ. z. B. die Accurſiſche Gloſſe, Bartolus super infortiato ad *h. l.*, Marcilius ad §. 1. Inst. *de heredib. instit.*, in Commentario *Jan. A.* Costae cur. *Jo. van de* Water p. 258., (jedoch ſcheint derſelbe einen Unterſchied zu machen, ob Miterben vorhanden ſeyen oder nicht, und in dem erſten Falle die Ademtion für zuläſſig zu halten, und ebenſo *Greg.* Majansius Disputatt. juris Num. XXXII. p. 475., auch in Commentario ad XXX. Jctor. Fragmenta p. 241. Nr. IV.); Weſtphal von Teſtam. §. 805. S. 617.

99) Cujacius ad L. 13. §. 2. D. *h. t.* (opp. prior. ed. Par.

Sie glauben, daß Gajus nur ſagen wolle: Wenn ein Paganus die Erbeinſetzung in dem nämlichen Teſtamente wieder aufhebe, ſo falle das Teſtament mit allen ſeinen Beſtimmungen weg, wogegen, wenn dieß von einem Soldaten geſchehe, alles nicht ausdrücklich Aufgehobene bei Kräften bleibe. Allein dieſe Interpretation iſt höchſt willkührlich und widerſtreitet geradezu den Worten, da in Beziehung auf das Teſtament eines Soldaten, wie eines Paganus, ausdrücklich nur von Anordnung und Aufhebung der *hereditas* die Rede iſt [99 a]).

Auf eine Stelle aber berufen ſich die Vertheidiger aller Meinungen [100]). Bald ſoll ſie beweiſen, daß eine Ademtion des Erbrechts in demſelben Teſtamente unbedenklich geſchehen könne, nur nicht durch bloße Wieder-

T. I. p. 1089. und Observat. Lib. XVII. C. XXXVIII. *Ant.* Mercatorius in notat. ad *Jo.* Roberti animadvers. II. 18. Finestres l. l. §. 5. — Auch Hunger in der deutſchen Ueberſetzung des corp. jur. civ. (herausgegeb. von Otto, B. Schilling, und Sintenis Bd. III. S. 126. Note 33.) tritt dieſer Meinung bei.

99 a) Marckart interp. receptar. lection. Lib. II. c. 5.) welcher ebenfalls die Meinung von Cujacius vertheidigt, hebt hauptſächlich hervor, daß *sola* nicht auf exheredatione, ſondern auf hereditas bezogen werden müſſe. Allein der ganze Zuſammenhang der Stelle bietet doch wahrlich nicht die geringſte Veranlaſſung, dem Juriſten eine ſo unnatürliche Conſtruction Schuld zu geben.

100) Vgl. Cujacius ad L. 13. §. 2. D. *h. t.* *Gil.* Regius Enanthiophanōn juris civ. Lib. II. Cap. XI. (in Ottonis Thesauro T. II. p. 1501. sq.) Marcilius ad §. 1. Inst. *de heredibus instituendis.* *A.* Schuting ad Ulp. Fragm. Tit. XXII. §. 12. Nota 34. (Jurisprud. vetus antejustin. p. 638.) Majansii Disp. Nr. XXXII. §. 4.

aufrufung der Freiheitsertheilung für einen zum Erben eingeſetzten Sclaven; bald, daß dieß alsdann nur nicht möglich ſey, wenn der eingeſetzte Erbe keine Miterben habe. Ich dagegen glaube, daß ſie eine ſehr deutliche Beſtätigung der hier vertheidigten Anſicht enthält. Es iſt dieß die L. 13. §. 2. D. *h. t.* (aus JULIANI Lib. XXIX. Digestorum) welche in der Florentina (und zwar nach der Interpunction von Gebauer) ſo lautet:

„Regula est juris civilis, qua constitutum est, hereditatem adimi non posse, propter quam liber et heres esse jussus, quamvis dominus ademerit eodem testamento libertatem, nihilominus et libertatem et hereditatem habebit."

Die Stelle iſt eine ſ. g. lex fugitiva, d. h. ein Fragment, welches einem andern Titel einverleibt iſt, als dem es der Materie nach eigentlich angehört hätte [1]); unſer Fragment würde nach ſeinem Inhalt in dem Titel de heredibus instituendis zu ſetzen geweſen ſeyn. — Es wird hierin zuerſt eine Regel aufgeſtellt, und von dieſer folgende Anwendung vorgetragen: Wenn der Herr ſeinen Sclaven, den er im Teſtament für frei erklärt und zum Erben eingeſetzt habe, in dem nämlichen Teſtament die Freiheit wieder nehme, ſo würde der Sclave dennoch die Freiheit und Erbſchaft erhalten. — Nach der in den Ausgaben ſich findenden Interpunction ſcheinen die Worte: „propter quam liber et heres esse jussus" noch zu der Regel ſelbſt zu gehören; doch wird in einigen Editionen durch Curſivſchrift darauf hingedeutet, daß die Regel ſich auf den Satz beſchränke: hereditatem adimi

1) S. CUJACII Observatt. Lib. III. Cap. XXXVII. —

non posse [2]), und noch beſtimmter tritt dieß hervor, wenn man mit Pothier [3]) ſo interpungirt: „Regula est — — hereditatem adimi non posse. Propter quam (sc. *regulam*) liber et heres esse jussus“ u. ſ. w. [4]). Dieſe Beſchränkung der Regel halte ich auch für richtig. Schon aus grammatiſchen Gründen muß man ſich dafür erklären, weil ſonſt Regel und Anwendung ganz in einander fließen würden. Haloander ſchiebt zwar ein *itaque* vor dem *quamvis* ein, und ihm iſt namentlich Beck gefolgt. Allein es ſcheint dieß eben dadurch veranlaßt zu ſeyn, daß man die unmittelbar vorausgehenden Worte noch für einen Theil der Regel hielt, welche man dann durch die Partikel itaque mit der folgenden Anwendung zu vermitteln ſuchte [5]). Ob nun jene Vorausſetzung auch der Haloandriniſchen Lesart: heriditatem *servo* adimi non posse — welche ſich freilich auch in Handſchriften findet [6]) — ihr Daſeyn gegeben hat, oder ob dieſe Lesart umgekehrt eine Veranlaſſung wurde, die obigen Worte noch mit zu der Regel zu ziehen, mag hier dahin geſtellt

2) So namenlich in der franzöſ. Ueberſetzung der Pandekten von Hulot und Berthelot (Paris 1803 — 1804.) T. III. p. 99.

3) Pandectae Justinianeae Tit. *de jure codicillorum*. Nr. X. p. 264.

4) Vielleicht iſt auch ſtatt propter quam zu leſen: propterea. Die erſte Lesart kann durch eine falſch aufgelöſte Sigle entſtanden ſeyn, und das Mißverſtändniß ſich um ſo leichter fortgepflanzt haben, als man ſich dadurch an eine ganz falſche Verbindung der Sätze gewöhnt hatte.

5) In einigen Ausgaben wird das quamvis eingeleitet durch: *Sed*. So lieſ't auch Cod. Lips. Senat.

6) Cod. Lips. Senat. hat: Hereditatem adimi servo non potest.

bleiben. Genug, nach Haloander und andern Editoren müßte die Regel ſo gelautet haben: *Hereditas adimi non potest, propter quam liber et heres esse jussus est.* Indeſſen iſt dadurch für größere Beſtimmtheit des Gedankens nicht das Geringſte gewonnen. Denn ganz allgemein verſtanden iſt der Satz nicht wahr, wenn man ihn auch ſo ausdrückt: Einem Sclaven darf die Erbſchaft nicht genommen werden, in Beziehung auf welche er einmal für frei und zum Erben erklärt iſt. Denn daß die Aufhebung einer ſolchen Verfügung durch ein neues vollgiltiges Teſtament geſchehen könne, unterliegt keinem Zweifel. Es fehlt mithin an zureichenden Gründen, um von der lectio Florentina hierin abzugehen, indem dafür bloße Abweichungen in Handſchriften oder Ausgaben nicht gehalten werden dürfen, ſondern andere Gründe hinzutreten müſſen, um einen Vorzug der in dieſen ſich findenden Lesarten zu rechtfertigen; als da ſind: beſſere Uebereinſtimmung mit andern Rechtsſätzen, mehrere Beſtimmtheit und Richtigkeit des Ausdrucks oder des Gedankens u. ſ. w. — Betrachten wir nun die Regel ſelbſt, wie ſie wahrſcheinlich lautete: *hereditas adimi non potest*, ſo darf ſie in unbedingter Allgemeinheit freilich nicht verſtanden werden. Aber auch bei andern ſprüchwörtlichen Regeln des ältern Civilrechts finden ſich dergleichen Unbeſtimmtheiten, die daraus ſich leicht erklären, daß jeder Juriſt von ſelbſt wußte, wie die Regel zu ergänzen ſey [7]). Was nun bei

7) Man denke z. B. an die Regel: *Omnia judicia esse absolutoria* (Gaji Inst. Lib. IV. p. 114. — §. 2. J. de perpet. et temporal. actionibus. — Keller über Litiscontestation u. Urtheil §. 22. S. 181 fgg.); ferner an das bekannte Sprichwort: *Duas lucrativas causas in eundem*

unſrer Regel ergänzt werden muß, ergiebt ſich ſehr deutlich aus den folgenden Worten der Stelle; nämlich: *eodem testamento.* Hiemit ſind denn auch im Allgemeinen die Ausleger einverſtanden. Jedoch will Cujacius ſtatt *hereditatem* geleſen wiſſen: *libertatem* [8]). Er ſtützt ſeine Behauptung theils darauf, daß ſpäterhin in der Stelle ausdrücklich von einer ademtio libertatis die Rede ſei, theils auf die L. 6. §. 4. D. *de hered. instit.* (von Ulpian), wo ſich folgende Erörterung findet: „Sed si sit cum libertate institutus, an ei libertatis datio codicillis adimi possit? apud Julianum quaeritur. Et putat, in eum casum, quo necessarius fieret [9]), ademtionem non valere, ne a semet ipso ei adimatur libertas; *servus enim heres institutus a semetipso libertatem accipit.* Quae sententia habet rationem; nam sicuti legari sibi non potest, ita nec a se adimi.“ — Indeſſen nur auf den erſten Anblick ſcheinen dieſe Gründe von Bedeutung zu ſeyn; die nähere Prüfung halten ſie nicht aus. Julian ſagt: In dem nämlichen Teſtamente darf man dem (wie ſich von ſelbſt verſteht cum libertate) zum Erben eingeſetzten Sclaven die Erbſchaft nicht wieder neh-

hominem et eandem rem concurrere non posse, wobei ebenfalls ſehr wichtige Punkte noch zu ergänzen waren (§. 6. Inst. *de Legatis*) u. a. m. — S. Hugo's Rechtsgeſch. 11te Aufl. S. 466 fgg.

8) Cujacius l. l. Ihm ſtimmen auch bei *J. a* Costa ad §. 1. J. *de heredib. instit.* und Schulting l. l. (Note 100.) — Dagegen erklären ſich in dieſem Punkt gegen Cujacius *Gilb.* Regius l. l. (Note 100.) und Finestres l. l. §. 4.

9) d. h. wo der Sklave zum Erben eingeſetzt iſt. S. oben S. 146. Note 24. 25.

men. Wenn man daher auch blos die Freiheit, alſo die Grundbedingung des Rechts, Erbe zu werden, wieder aufhebt, ſo wird der Sclave dennoch Beides, frei und Erbe. Nach der Interpretation von Cujacius würde der Schlußſatz eine reine Wiederholung des Vorderſatzes enthalten; nach der unſrigen dagegen erſcheint jedes Wort bedeutend. — Erbrechte können in demſelben Teſtamente nicht wieder aufgehoben werden, die Aufhebung von Vermächtniſſen dagegen darf auf dieſe Art geſchehen [10]; da nun Freiheitsertheilungen gleich den Vermächtniſſen angeordnet und wieder aufgehoben werden können [11], ſo muß auch ein Widerruf derſelben in dem nämlichen Teſtamente möglich ſeyn. Dieſe Schlußfolgerung aber wird von Julian, ſo wie auch von Ulpian in der angeführten Stelle in dem Fall verworfen, wenn der Sclave ſelbſt zum Erben eingeſetzt iſt. Alsdann iſt Erbeseinſetzung und Freiheitsertheilung unzertrennlich mit einander verbunden; darum darf denn die letztere auch nicht, gleich einem bloßen Freiheits-Vermächtniß, durch Codicill, folglich eben ſo wenig in dem nämlichen Teſtamente widerrufen werden. Dieß ſagt namentlich Ulpian a. a. O., indem er den Grund hinzufügt: „servus enim heres institutus a semet ipso libertatem accipit,“ und: „nam sicuti legari sibi non potest, ita nec a se adimi.“ Dieſe letztere Aeußerung aber ſcheint die Meinung veranlaßt zu haben, daß, wenn der Sclave Miterben hat, die Aufhebung der Freiheit in einem Codicil geſchehen könne,

10) L. 16. L. 17. D. *de adimendis vel transfer. legatis* (XXXIV. 4.)

11) L. 26. D. *de adim. vel transfer. legatis.* L. 10. (nach Beck L. 11. pr. in f. D. *de rebus dubiis.* (XXXIV. 5.)

woraus denn weiter gefolgert wurde, daß einem Miter-
ben überhaupt ſein Recht in demſelben Teſtament wieder genommen werden dürfe [12]). Allein der eine wie der andere Schluß iſt unbegründet. Ob Jemand heres ex asse oder nur Miterbe iſt, hat auf ſeine Erbenqualität keinen Einfluß. Immer repräſentirt er den Erblaſſer hinſichtlich der übertragbaren Rechtsverhältniſſe deſſelben; was daher von dem Widerruf des Erbrechts an ſich gilt, das muß auch von dem Widerruf eines Erbtheils gelten [13]). Der Grundſatz: Hereditas eodem testamento adimi non potest, iſt allgemein ausgeſprochen; alſo können auch Miterbenrechte auf dieſem Wege nicht wieder vernichtet werden.

So erhält mithin die hier vertheidigte Regel auch durch die L. 13. §. 2 D. *h. t.* eine erhebliche Unterſtützung. Aber auch von dieſer Stelle ganz abgeſehen, ſteht der Grundſatz durch die oben erklärten Fragmente (L. 21. D. *h. t.* und L. 17. §. 2. D. *de testamento militis*) feſt: Eine Erbeinſetzung kann nur durch ein neues Teſtament, oder durch Vernichtung des ältern Teſtaments oder der darin enthaltenen Erbeinſetzung, wieder aufgehoben werden [14]). Iſt daher ein Notherbe in demſelben Teſta-

12) S. *Greg.* Majansii Disputatt. Num. XXXII. §. 4. — Der Hauptſache nach wird dieſe Meinung auch vertheidigt von Regius l. l. (Not. 100.) und von Finestres l. l.

13) Dieß wird auch von Cujacius a. a. O. (Not. 100.) zugegeben.

14) Zu dieſen Aufhebungsgründen kommt denn noch für das neuere Recht hinzu ein perſönlicher Widerruf vor 3 Zeugen, während oder nach Ablauf von zehn Jahren, von der Zeit des errichteten Teſtaments an gerechnet. L. 27. C. *de testamentis* (VI. 23.) — S. *Jac.* Voorda elector. lib. singular. cap. XXVIII. p. 289. — Anders erklären dieſe

mente eingeſetzt und auch wieder enterbt, ſo wird die Enterbung als gar nicht verhanden betrachtet, die Einſetzung dagegen beſteht. Blos für Vermächtniſſe iſt das Gegentheil anerkannt, und darum iſt es denn auch durchaus willkührlich, wenn man eine ſolche Enterbung in dem Falle, wo ein Ausgeſchloſſener Miterben hat, für zuläſſig erklärt.

Förſter, der mit dem vorſtehenden Reſultat übereinſtimmt, wirft bei dieſer Gelegenheit die Frage auf: Ob die Enterbung nicht alsdann beſtehe, wenn die Einſetzung ſelbſt nicht giltig angeordnet ſey [15]? z. B. der Teſtirer beobachtete die civilrechtliche Einſetzungsform nicht, als darauf noch etwas ankam. — Förſter's Ant-

Conſtitution *Jo. Guil.* Markart interpret. receptar. jur. civ. Section. Lib. II. c. 1. *J. L. C.* Püttmann interpret. et observ. singul. cap. 27. *D. F.* Schott in opuscul. p. 81 sqq. — Zu wünſchen wäre es freilich, daß eine Verfügung nicht exiſtirte, welche die größte Verlegenheit herbeiführen kann, wenn ein Teſtirer, der ſein Teſtament nicht vernichten kann, ab intestato zu ſterben wünſcht. M. ſ. den Fall bei Markart l. l. §. II.

15) Foerster l. l. P. I. §. 12. p. 59. in f. sq. — Er ſtellt die Frage noch viel allgemeiner auf den Fall, wenn die Einſetzung aus irgend einem Grunde ungiltig oder vergeblich (inutilis) ſey. Dahin gehören denn freilich manche Fälle, die hier nicht erörtert werden können, z. B. der Erbe ſchlägt die teſtamentariſche Succeſſion aus. Nur ſo viel will ich bemerken, daß die Entſcheidung in allen Fällen, wo die Einſetzung an ſich rechtsgiltig angeordnet iſt, nach der obigen Entwickelung nur dahin gehen kann: die Enterbung ſey als gar nicht vorhanden zu betrachten, ſie könne folglich auch hinterher nicht convaleſciren. — Uebrigens hat auch wohl Förſter der Frage keine weitere Ausdehnung geben wollen, als die im Text ihr beigelegt iſt.

wort auf dieſe Frage lautet ſehr unbeſtimmt; doch ſcheint er anzunehmen, daß alsdann die Enterbung giltig ſey. Dieſe Meinung halte ich denn auch für richtig, vorausgeſetzt, daß ſonſt noch Jemand überhaupt im Teſtamente zum Erben eingeſetzt iſt. Zwar möchte es Manchem ſcheinen, daß hier die Grundſätze von unvollſtändigen Teſtamenten anzuwenden ſeyen und namentlich die Vorſchrift eintrete, daß das ganze Teſtament nicht gelte, wenn ſich in demſelben weniger Erben eingeſetzt finden, als der Teſtirer erweislich einſetzen wollte [16]. Indeſſen könnte dieß nur zur Anwendung kommen, wenn der Teſtirer etwa beabſichtigt hätte, eine zuerſt verfügte Enterbung durch eine Erbeseinſetzung wieder aufzuheben, dieß aber durch einen Zufall unterblieben wäre. Davon iſt hier aber nicht die Rede, ſondern es wird vorausgeſetzt, daß die Erbeseinſetzung ausgeſprochen ſey, und nur wegen Mangels gehöriger Anordnung nicht zu Recht beſtehen könne. Alsdann iſt dieſelbe als gar nicht vorhanden anzuſehen [17], ſie ſteht mithin — in Folge der Regel: utile per inutile haud vitiatur [18] — der Enterbung auch nicht im Wege.

2) Enterbungen dürfen nicht von Zeit und Bedingungen abhängig gemacht werden [19]. Dieß iſt zunächſt

16) L. 25. D. *qui test. facere poss.* (XXVIII. 1.)

17) L. 4. in f. D. *qui test. fac. poss.*

18) S. meine Doctr. Pand. Vol. I. §. 113. Nr. 2. Not. 13.

19) S. hierüber Bd. VII. d. Commentars §. 551. S. 269 fgg. (Num. 2.) — Beiläufig mag hier bemerkt ſeyn, daß der Teſtirer eine Enterbung ad diem (bis auf einen beſtimmten Zeitpunkt) indirekt möglich machen kann, wenn er den Notherben pure enterbt, dem eingeſetzten Erben aber aufträgt, an Erſteren die Erbſchaft nach Ablauf einer beſtimmten Zeit

wohl nur als Folge des allgemeinen Grundſatzes zu betrachten, wonach alle civilrechtliche Geſchäfte überhaupt nicht an dergleichen Modalitäten geknüpft werden konnten [20]. Für Enterbungen nun blieb dieß Recht ohne direkte Modifikation [21], auſſer Zweifel in Folge

zu reſtituiren. *Sam.* Stryk Caut. test. Cap. XIX. §. 16. (opp. praestantior. T. III. p. 220.)

20) L. 77. D. *de regulis juris.* — *J. L. F.* Goeschen Observatt. jur. Rom. specimen (Berol. 1811. in 8.) p. 65 sqq. not. k.

21) L. 18. pr. D. *de B. P. contra tabb.* (XXXVII. 4.) — L. 3. §. 1. D. *h. t.* „Pure autem filium exheredari, Julianus putat; qua sententia utimur." Glück (Bd. VII. des Commentars S. 269 fg.) meint mit Berufung auf Connanus und Fineſtres, daß hierdurch kein Erforderniß der Enterbung ausgedrückt werden ſolle, ſondern die Stelle ſich auf die Enterbung cum convicio beziehe, wovon Ulpian unmittelbar vorher ſpreche. Julian habe dieſe Enterbung für eine unbedingte erklärt, was wohl von manchen bezweifelt worden ſey. Indeſſen verdient die gewöhnliche Interpretation der Stelle ſicher den Vorzug. In Hinſicht auf die exheredatio cum convicio hatte der Juriſt ja ſchon deutlich erklärt: recte exheredatum esse filium; es liegt hiernach alſo viel näher bei dem: *pure filium exheredari* zu ſubintelligiren: *debere* (was auch bei andern Stellen bisweilen hinzugedacht werden muß, ſ. Smallenburg in Notis ad Digesta ad *h. l.* T. V. p. 15.), als die Stelle auf eine ſolche Weiſe zu ergänzen, wodurch ſie eine beſtimmte Beziehung auf die vorhergehende erhält. Ein Zweifel konnte aber leicht dadurch veranlaßt werden, daß man ſich von dem alten förmlichen Recht ſchon bedeutend entfernt hatte, — namentlich bei Erbeinſetzungen Suſpenſivbedingungen zuließ, und indirekt (durch eine exheredatio in casum contrarium) auch bei Enterbungen. — Zu bemerken iſt noch, daß manche ältere Ausgaben ſtatt *exhe-*

des odium exheredationum. Hermogenian führt als Grund hiervon an: Certo judicio liberos a parentum successione esse removendos [22]). Francke tadelt dieſe Argumentation, indem er meint, in den angeführten Worten liege nur der Sinn: Eine bedingte Enterbung iſt ungiltig, denn Enterbungen müſſen unbedingt geſchehen. Der wahre Grund dieſer Einſchränkung ſey vielmehr der, „daß die Enterbung zur Form des Teſtaments gehöre, durch deren Beachtung erſt der übrige Inhalt des Teſtaments giltig werde, eine bedingte Enterbung aber würde eine Ungewißheit der Giltigkeit des ganzen Teſtaments bewirken, und, was zur Form gehöre, deſſen Giltigkeit müſſe von Anfang an feſtſtehen" [23]). — Allein wäre dieß wahr, ſo müßte es auch von der Erbeseinſetzung gelten, die ja ebenfalls zur Form des Teſtaments gehört, und demnach unter einer Bedingung geſchehen kann! — Hermogenian wollte ſagen: Wer ſeinen Sohn zu enterben beabſichtigt, ſoll ſeinen ernſtlich überlegten Willen durch einen feſten und beſtimmten Ausdruck erklären; wer Bedingungen hinzufügt, iſt zu dieſer Handlung noch nicht ſo völlig entſchloſſen, als ihr Ernſt und ihre Bedeutung es erfordern.— Allerdings kann ein Vater ſeine ſehr guten Gründe haben, den Sohn nur für gewiſſe Fälle von der Erbſchaft auszuſchließen, und es wäre unbillig, ſeinen Willen hierin geradezu beſchränken zu wollen. Aber er ſoll ſich zu dieſem Zwecke nicht der gehäßigen Enterbungsformel bedie-

redari leſen *exheredandum*, was denn freilich ohne Weiteres deutlich iſt.

22) L. 18. pr. D. *de B. P. contra tabb.*

23) Notherbenrecht S. 62.

nen, ſondern durch die Form ſeiner Verfügung zu erkennen geben, daß die Abſicht einer liberalen Zuwendung ihn dabei zunächſt leitete. Zwar kann er in vielen Fällen ſeinen Willen nicht anders erreichen, als wenn er mit der Einſetzung zugleich eine Enterbung in casum contrarium verbindet. Dieſe Enterbung iſt indeſſen ein bloſer zur Einſetzung gehöriger Folgeſatz; die letztere würde ohne jene überall nicht möglich ſeyn, und darum iſt im Grunde immer doch nur die Einſetzung, nicht aber die Enterbung hier bedingt. — So geht denn am Ende allerdings die Sache wieder auf eine Form hinaus, aber dieſe Form ſteht unter einem höhern materiellen Rechtsprincip, — dem nämlich, daß Enterbungen nicht begünſtigt ſind. Darum ſoll hier alles von vorne herein feſtſtehen, ſoferne nicht die Ausſchließung ſich als bloße Folge einer vereitelten Einſetzung darſtellt.

Aus dieſem Grunde halte ich es denn auch für falſch, wenn man, wie gewöhnlich geſchieht, bedingte Enterbungen für zuläſſig erklärt, ſobald nur der Enterbte auf den entgegengeſetzten Fall eingeſetzt ſey [24]). Die Stellen, worauf

24) S. z. B. *H.* Donellus in comment. de jure civili Lib. VI. Cap. XII. §. 14. (ex edit. Koenig. Vol. III.) *Lucas van de* Poll de exheredatione et praeteritione Cap. LXXIII. §. 9. *Jos.* Finestres de lib. et postumis P. IV. C. II. §. 13. sq. (Praelect. Cervariens. p. 106. sq.) Höpfners Commentar §. 476. Glück im VII. Bde. d. Comment. S. 271. Auch die Lehrbücher haben durchgehend dieſe Anſicht, ſoferne ſie nicht den Gegenſtand überhaupt mit Stillſchweigen übergehen. So namentlich Thibaut Syſtem d. Pand. Rechts Bd. II. §. 814. a. E. Mackeldey Lehrb. d. Röm. Rechts §. 659. Note a. v. Wening-Ingenheim Lehrb. d. gem. Civilrechts Buch V. §. 144. Warnkoenig Commentarii

man ſich hierbei beruft [25]), ſprechen lediglich von der Möglichkeit der Einſetzung des Notherben unter allen und jeden Bedingungen, wenn man denſelben auf den entgegengeſetzten Fall enterbe; das Zuſammentreffen beider Verfügungsarten im weſentlichen Reſultate kann für die Zuläſſigkeit der erſteren nichts beweiſen, da ja eben Einſetzungsformen und Enterbungsformen nicht nach demſelben Maßſtabe zu beurtheilen ſind [26]). Noch weniger aber iſt es zu billigen, wenn Förſter, welcher ebenfalls der gemeinen Meinung zugethan iſt, hiemit die wichtigſten praktiſchen Folgen verknüpft. Er meint nämlich, wenn der Notherbe unter einer Bedingung eingeſetzt und auf den entgegenſetzten Fall enterbt werde, ſo ſey die Verfügung zu Anfang giltig, nur werde ſie vernichtet, wenn die Bedingung nicht eintrete und auſſer dem Notherben Niemand im Teſtament eingeſetzt ſey. Wenn dagegen die Enterbung unter einer Bedingung und auf den entgegengeſetzten Fall die Einſetzung erfolge, ſo müſſe ſchlechthin auch noch ein Anderer (als Miterbe oder Subſtitut) eingeſetzt werden; ſonſt dürfe man nicht erſt auf den Ausgang der Bedingung warten, ſondern es trete ſofort mit dem Tode des Teſtirers die Inteſtaterbfolge ein. Den Grund dieſer Verſchiedenheit ſetzt Förſter darin, daß das Recht der Erbfolge, in dem erſten Fall mit der Einſetzung, im zweiten mit der Enterbung be-

Rom. privati. T. III. §. 1031. p. 296, meine Doctr. Pand. Vol. III. §. 682. Nr. 2.

25) L. 86. D. *de heredib. instit.* u. L. 4. Cod. *de institut. et substitutionibus.* (VI. 25.)

26) L. 19 in f. D. *h. t.* Die richtige Meinung hat auch ſehr gut ſchon entwickelt *Hub.* Giphanius Explanatio difficil. leg. Cod. ad L. 4. C. *de instit. et substitut.* P. II. p. 43 sq.

ginne [27]. — Es iſt wohl nicht conſequent, wenn man zuerſt von der Möglichkeit einer bedingten Einſetzung auf den einer bedingten Enterbung ſchließt, weil Beides der Wirkung nach gleich ſey, und doch hinterher ſo bedeutende Verſchiedenheiten an den Unterſchied dieſer Formen knüpft. Aber es kann auch überhaupt nicht für richtig gehalten werden, wenn Förſter im Falle einer bedingten Erbeinſetzung die Ernennung von Miterben und Subſtituten zur civilrechtlichen Giltigkeit des Teſtaments nicht erfodert; denn da, wie auch oben (S. 379. Note 40) bereits bemerkt wurde, die Enterbung hier eingentlich nur als Erforderniß einer giltigen Erbeinſetzung erſcheint, ſo iſt hierbei auch auf den Fall Rückſicht zu nehmen, daß die Bedingung nicht eintreten werde.

Die civilrechtliche Enterbung gehört nun alſo zu den Geſchäften für welche die Regel gilt: Expresse nocent, non expressa non nocent [28]; d. h. ſie leiden ſtreng genommen nicht die Hinzufügung von Bedingungen, doch ſchadet der indirekte Ausdruck einer Bedingung denſelben nicht. Als indirekt hinzugefügt gilt aber hier die Bedingung auch alsdann, wenn die Enterbung nur als ein auf die Einſetzung ſich beziehendes Geſchäft angeſehen werden kann. Uebrigens kommt die ſo eben angeführte Rechtsregel bei Enterbungen auch zur Anwendung, wenn eine ſich von ſelbſt verſtehende Bedingung (eine ſ. g. juris oder tacita conditio) ausdrücklich einer Enterbung hinzugefügt wird. L. 68. D. *de heredib. inst.*: — —

27) Foerster l. l. §. 19. p. 70 sq.

28) L. 195. D. *de regulis juris.* — S. *Jac.* Gothofredi Commentar. in *h. l.* opp. minor. ex ed. Trotzii p. 1207 sq. — Vgl. Vaticana Fragm. §. 329. u. dazu die Noten von *A. A. de* Buchholtz.

„Quaedam in testamentis si exprimantur, effectum nullum habent; quando (*ab* quae) si verbis tegantur, eandem significationem habeant, quam haberent expressa, et momentum aliquod habebunt. Sic enim filii exheredatio cum eo valet, si quis heres existat, et tamen nemo dubitat, quin, si ita aliquis filium exheredaverit: *Titius heres esto, et cum heres erit Titius, filius exheres esto*, nullius momenti sit exheredatio.“ — Im Eingange der Stelle erläutert Pomponius den Satz, daß man die Einſetzung eines Erben direct nicht von dem Willen eines Dritten abhängig machen dürfe (z. B. si Titius *voluerit*, Sempronius heres esto), wohl aber indirekt, nämlich dadurch, daß man die Erfüllung einer Poteſtativbedingung einem Dritten auferlegt (z. B. si Titius in Capitolium ascenderit, Sempronius heres esto). Hiernächſt trägt er die Regel vor, auf welcher dieſer Satz beruht und knüpft daran wieder einen beſondern Fall. Manches, ſagt er, iſt ohne Kraft und Wirkung, wenn es ausdrücklich im Teſtamente geſchrieben wird, wogegen es auf eine verſteckte Weiſe angeordnet (oder auch ganz mit Stillſchweigen übergangen) zwar eben ſo viel bedeutet, als wäre es ausgedrückt, dennoch aber Gewicht hat[29].

29) Der Sinn dieſes Theils der Stelle iſt nicht zweifelhaft. Deutlicher aber würde allerdings die Rede ſeyn, wenn man mit Haloander leſen dürfte: „*licet* eandem significationem habeant, quam haberent expressa, *tamen* momentum aliquod habebunt.“ Auch bei Ruſſardus findet ſich das *et* vor *momentum* mit dem bekannten Zeichen || || eingeſchloſſen. (S. oben S. 369. Note 21.) Nöthig iſt eine Aenderung des Textes hier indeſſen nicht, da et bisweilen auch die Bedeutung von et tamen hat. S. *Hora-*

So iſt z. B. die Wirkſamkeit einer Enterbung von ſelbſt dadurch bedingt, daß der eingeſetzte Erbe die Erbſchaft erwirbt [30]; aber Niemand zweifelt, daß eine auf folgende Art ausgeſprochene Enterbung: Titius ſoll mein Erbe ſeyn und, wenn er es ſeyn wird, mein Sohn enterbt, — völlig wirkungslos ſey. — Schwierigkeit haben hier für manche Interpreten die Worte gemacht: „filii exheredatio *cum eo* valet, si quis heres existat.“ Sie ſetzen nämlich die Worte *cum eo* mit dem folgenden si quis heres existat in Verbindung, und erklären daher die allgemein ausgedrückte Bedingung: wenn Jemand Erbe wird, bei Enterbungen für giltig; nur ſpeciell ausgedrückt, z. B. ich ſetze den Titius zum Erben ein und, wenn er nicht Erbe ſeyn wird, ſoll mein Sohn enterbt ſeyn, gelte ſie nicht [31]. Eine Erklärung dieſes Unterſchiedes ſuchen wir bei den Meiſtens vergeben. Nur Fineſtres iſt bemüht geweſen, einen verſtändigen Grund dafür aufzufinden: in dem letzten Falle beſtimme der Teſtirer den Moment der angetretenen Erbſchaft als denjenigen Zeitpunkt, wo die Ent-

tius Tursellinus de particulis latinae orationis V. et Nr. 34. (ed. Lips. p. 286.)

30) Denn: „exheredatio non adita hereditate ex testamento nullius momenti est“; L. 20. pr. D. *de bon. p. c. t.*

31) So namentlich Finestres de lib. et post. P. IV. Cap. II. §. 17.; ferner die franzöſiſche (von Hulot verfaßte) und die deutſche (von Otto, B. Schilling und Sintenis redigirte) Ueberſetzung. Foerster a. a. O. p. 67. §. 17.) welcher ebenfalls die mit dem Zuſatze *si quis heres existat* angeordnete Enterbung für giltig hält, ſcheint ſogar anzunehmen, daß die Schlußworte der Stelle: nullius momenti sit exheredatio nun bedeuten: die Bedingung ſelbſt gilt pro non scripta.

erbung in Kraft treten ſolle, dieß aber ſtehe in Widerſpruch mit dem Rechtsſatze: nemo post aditam hereditatem exheredari debet[32]. — Indeſſen die Worte: filii exheredatio *cum eo* valet, si quis heres existat, heißen ganz einfach: die Enterbung iſt nur unter der Bedingung, — unter der Vorausſetzung, — m. a. W. ſie iſt nicht anders giltig, als wenn ein Erbe aus dem Teſtamente exiſtirt[33]; auch bei nicht juriſtiſchen Klaſſikern kommt dieſe Bedeutung des Ausdrucks *cum eo* und zwar keineswegs ſehr ſelten vor[34].

Von ſelbſt geht übrigens aus dem Geſagten hervor, daß auch Poteſtativbedingungen einer Enterbung nicht giltig hinzugefügt werden können, wie denn auch die Hinzufügung einer phyſiſch oder rechtlich unmöglichen Bedingung die Enterbung unwirkſam macht[35].

32) Finestres l. l. §. 17. — Auch *Jos. Fern. de* Retes Prael. ad Tit. *de V. Oblig.* P. II. Tr. II. §. 10. (Meermani Thes. T. VII. p. 430.) bringt die Stelle mit obiger Regel in Verbindung.

33) So erklären auch Pothier Pand. Justin. Tit. *de cond. et demonstrationibus* Nr. LIX. not. f. (T. II. p. 460.) i. e., non aliter valet, quam si quis ex testamento heres existat, et tamen non potest expresse conferri in casum, quo quis heres extiterit"; — und Francke Notherbenr. S. 66 fg.

34) Schon *Jo. Matth.* Gessner in ſ. Ausgabe von Fabri Thesaurus erklärt (v. *cum* §. 3.) das cum eo richtig für ſolchergeſtalt, mit dem Bedinge, doch ſo, unter Berufung auf paſſende Stellen von Cicero ad Attic. VI. 1. §. 4. in f.) u. Livius VIII. 14. S. auch Forcellini Totius latinitatis Lexicon v. *cum* §. cum eo u. Tursellinus de partic. p. 200. Nr. 5. u. 6.

35) Vgl. Foerster l. l. §. 17. p. 67 sq.

Ob Töchter und Enkel nach dem Civilrecht durch Hinzufügung einer Bedingung giltig enterbt werden durften, iſt in unſern Rechtsquellen nirgends beſtimmt. Doch muß die Frage verneint werden. Zwar war eine Enterbung der Töchter und Enkel zur förmlichen Giltigkeit eines Teſtaments nicht erfoderlich, und wenn ſie geſchah, ſo genügte eine exheredatio inter ceteros. Allein auch dieſe blieb doch immer ihrer Form nach eine Enterbung; wollte man daher die Töchter und Enkel von ihrem geſetzlichen Accrescenz-Recht ausſchließen, ſo war man dabei freilich an das *nominatim exheredare* nicht gebunden, alle übrigen die Art der Enterbung betreffenden Rechtsbeſtimmungen aber müſſen als allgemein geltende betrachtet werden [36].

Auch für die Poſtumen gilt hier kein anderes Recht. Da indeſſen in Beziehung auf dieſelben der Rechtsbeſtand eines Teſtaments erſt nach dem Moment, wo der Poſtumus erſcheint, beſtimmt wird [37], ſo iſt wohl anzunehmen, daß hier die Enterbung unter einer Bedingung nicht ſchlechthin für wirkungslos erklärt worden ſey. Schwebte die Bedingung bei dem Erſcheinen des Poſtumus noch, ſo war unſtreitig die Enterbung ungiltig; war ſie

36) Foerster l. l. §. 27. p. 84 sqq. — Ein Gleiches gilt daher auch in Anſehung der übrigen formellen Vorſchriften über das Enterbungsrecht, welche nicht auf das nominatim exheredare gehen. So wie es ſich daher von ſelbſt verſteht, daß die Enterbungen der Töchter und Enkel ebenfalls in einem vollſtändigen Teſtamente, worin ein anderer Erbe ernannt iſt, geſchehen müſſen (ſ. oben Nr. 1.), ſo wird eine beſondere Bemerkung hierüber auch bei den folgenden Beſtimmungen (unter 3. 4. 5. 6. 7.) nicht nöthig ſeyn.

37) S. oben S. 388.

weggefallen, und der Poſtumus zugleich auf dieſen Fall eingeſetzt, ſo galt er nunmehr für pure inſtituirt, ſonſt trat Inteſtaterbfolge ein. Wie aber, wenn alsdann die Bedingung eingetreten (alſo purificirt) war, galt nunmehr die Enterbung als eine unbedingt angeordnete? Dieß nimmt Förſter an [38]. Allein ſoweit iſt ſicher der Grundſatz nicht auszudehnen, daß das Recht der Teſtamente nach der Zeit, wo der Poſtumus erſcheint, zu beurtheilen ſey. Vielmehr führt eine conſequente Anwendung allgemeiner Rechtsgrundſätze zu dem Reſultate, daß das Teſtament nicht gelten könne, wenn ſich der Poſtumus nicht unbedingt enterbt findet; für gehörig enterbt kann er aber nicht gehalten werden, wenn bei ſeinem Erſcheinen die Bedingung der Enterbung bereits eingetreten iſt, indem dieſe ja jetzt ſeinem Erbrechte im Wege ſteht [39].

3) Die Enterbung darf nicht auf eine Art ausgeſprochen werden, wodurch der Teſtirer das Recht des eingeſetzten Erben von dem Tode des Enterbten abhängig macht [40]. Dieſe Regel, welche bereits mehrmals in dieſem Commentar zur Sprache gekommen iſt [41], erklärt

38) Foerster l. l. Partic. §. 44. p. 124.

39) Ganz auf die nämliche Weiſe verhält es ſich auch, wenn der Poſtumus unter einer unzuläſſigen Bedingung eingeſetzt iſt. S. die in d. Note 37 enthaltene Nachweiſung.

40) L. 13. §. 2. *h. t.* („Testamentum, quod hoc modo scribitur: *Titius post mortem filii mei heres esto*, *filius exheres esto*, nullius momenti est, *quia filius post mortem suam exheredatus est*“). L. 29. §. 10. *eod.* L. 4. §. 2. D. *de heredib. instituendis.*

41) Bd. VII. d. Comment. §. 273. Nr. 3. u. oben S. 199. dieſes Bdes. — Vgl. auch Francke Notherbenr. S. 62 fgg. Nr. 4.

ſich ebenfalls daraus, daß der Ausdruck bei Enterbungen über den feſten Entſchluß des Teſtirers keinen Zweifel übrig laſſen ſoll. Denn wollte man hier nur den wahrſcheinlichen Willen des Teſtirers berückſichtigen, ſo würde ſich eine ſolche Verfügung wohl allenfalls ſo interpretiren laſſen: Mein Sohn ſoll eingeſetzt ſeyn, überlebe ich denſelben aber, ſo ſoll der Titius mich beerben. Das aber iſt keine rechte Einſetzung eines Notherben, folglich gilt es der Präterition gleich.

Auf ähnliche Weiſe verhält es ſich

4) mit der Regel: die Enterbung dürfe nicht post aditam hereditatem erfolgen. — L. 3. §. 2. D. *h. t.* — — „Vitiosa erit exheredatio, — si ita eum (filium) exheredaverit: *Quisquis mihi heres erit, filius exheres esto*[42]. Nam, ut Julianus scribit, cujusmodi exheredatio vitiosa est, quoniam post aditam hereditatem voluit eum summoveri, *quod est impossibile.*" — Die Meinung von Glück, daß hier vorausgeſetzt werde, der Erblaſſer habe gar keinen Erben ernannt[43], iſt gewiß falſch. In dem erſten Theil der Stelle iſt nämlich von der Nothwendigkeit einer Enterbung ab omni gradu die Rede. Iſt die Enterbung nur in Beziehung auf einen oder den andern Grad ausgeſprochen (will Ulpian ſagen), ſo gilt ſie eben ſo wenig, als wenn der Teſtirer ſich ſo ausgedrückt hätte: Möge nun

42) So lieſ't auch Cod. Lips. Senat. — Wenn die Florentiniſche Lesart („Quisquis mihi heres erit, filius exheres esto") ächt iſt, ſo muß doch jedenfalls dabei vorausgeſetzt werden, daß in dem Original durch ein Verſehen des Schreibers oder des Dictirenden das Wort heres ausgefallen ſey.

43) Bd. VII. d. Commentars S. 266.

(von den vorhin ernannten Erben) mein Erbe werden, wer da wolle, ſo ſoll doch mein Sohn enterbt ſeyn. — Hieße es blos: *quisquis mihi heres erit*, *filius exheres esto*; vitiosa erit exheredatio, — ſo würde man unſtreitig hierin nur einen Beleg zu dem Satz finden dürfen: eine giltige Enterbung erfodert, daß in dem nämlichen Teſtament Jemand zum Erben eingeſetzt ſey, eine unbeſtimmte Einſetzung aber iſt wie gar keine anzuſehen. Indeſſen wird dieſe Interpretation dadurch ſchon ſehr unſicher, daß die obigen Worte unmittelbar an den vorausgehenden Satz geknüpft ſind, wo ausdrücklich von der Einſetzung mehrerer Erben geſprochen wird; ganz außer Zweifel geſetzt wird es aber durch den hier zugefügten Grund „quoniam post aditam hereditatem voluit eum summoveri," daß der Mangel eines beſtimmten Ausdrucks es nicht war, woraus hier die Ungiltigkeit der Dispoſition hergeleitet wurde. Der Juriſt ſetzt noch hinzu: quod est impossibile; d. h., die Verfügung, der Notherbe ſolle nur auf den Fall ausgeſchloſſen ſeyn, daß die Erbſchaft von dem eingeſetzten Erben erworben ſeyn würde, iſt theils in ſich widerſprechend, theils ſteht ſie mit andern Rechtsvorſchriften im Widerſpruch. Iſt er nur auf jenen Fall enterbt, ſo muß er bis dahin als nicht enterbt gedacht werden. Dann iſt aber wieder die Antretung der Erbſchaft für den eingeſetzten Erben nicht möglich, und doch iſt die Wirkſamkeit jeder Enterbung dadurch bedingt, daß aus dem Teſtament ein Erbe exiſtire [44]. Genau betrachtet hat freilich der Teſtirer hier nichts angeordnet, was ſich nicht ſchon von ſelbſt verſteht. Löſ't man nämlich jene Verfügung in ihre Beſtandtheile auf, ſo enthält ſie fol-

44) L. 20. pr. D. *de B. P. contra tabb.*

gende Diſpoſition: „Mein Sohn ſoll enterbt und N. mein Erbe ſeyn, würde dieſer jedoch nicht Erbe werden, ſo ſoll alsdann die Erbſchaft meinem Sohne zufallen." Dieß verſteht ſich aber im Grunde ganz von ſelbſt (auſſer daß, wenn die Verfügung giltig wäre, der Sohn als teſtamentariſcher Erbe betrachtet werden müßte). Es ſind alſo eigentlich nur die Worte: Wenn N. Erbe werden wird, welche hier eine Ungiltigkeit der Diſpoſition bewirken. Darum meint denn Franke: Der Satz, daß die Enterbung nicht post aditam hereditatem erfolgen dürfe, gehöre zu den ſubtilſten Subtilitäten des ältern römiſchen Rechts [45]). Allein er iſt um nichts ſubtiler, als die übrigen, das formelle Enterbungsrecht betreffenden, Beſtimmungen es ſind. — Der Teſtirer hat ſeine Abſicht, den Notherben ausſchließen zu wollen, nicht ſo beſtimmt und unzweideutig ausgeſprochen, als das Enterbungsrecht es nun einmal erfodert. Darum berückſichtigte man hier zunächſt den Ausdruck und die Ungereimtheiten, welche aus einer ſtrengen Interpretation deſſelben allerdings folgten, nicht aber, daß die Anordnung ihrem wahrſcheinlichen Sinne nach nur mit dem übereinſtimme, was dem beſtehenden Rechte ohnehin ſchon gemäß ſey. So läßt ſich denn hier wieder die Regel anwenden: Expressa nocent, non expressa non nocent, woraus denn auch ſchon die Accurſiſche Gloſſe dieſe Beſchränkung des Enterbungsrechts ableitet [46]).

Auf einer ähnlichen Conſequenz beruhte

5) der Grundſatz: Die Ausſchließung ſoll von der ganzen Erbſchaft — nicht blos von einem Theile derſel-

45) Notherbenrecht S. 64 fgg. Nr. 5.

46) *Glossa* ad *h. l.* not. 1.

ben — geſchehen[47]). Einſetzungen, die in dieſer Art unvollſtändig ſind, werden ergänzt[48]), Enterbungen nicht, weil ſie nicht begünſtigt ſind[49]). Wie ſtrenge man hieran feſthielt, beweiſt die Entſcheidung von Paulus (L. 19. *h. t.*), daß ein Teſtament nicht beſtehe, worin dem Sohne ein Legat hinterlaſſen und in Anſehung des übrigen Theils derſelbe enterbt iſt („in cetera parte mihi exheres sit"). Der Sache nach iſt dieß ja ſo anzuſehen, als hätte der Teſtirer ſeinen Sohn pure enterbt, ihm aber ein Vermächtniß hinterlaſſen, was ohne Zweifel giltig geſchehen konnte[50]). Doch ſoll dieſe Verfügung in jener Form nicht gelten, weil dieß zur Noth auch ſo verſtanden werden kann: in Anſehung des übrigen Theils ſolle der Sohn Erbe ſeyn, — was denn wieder nicht zu dem Recht paßt, welches für Enterbungen eine durchaus feſte und unzweideutige Willenserklärung erfodert[51]).

Mit dieſer Beſtimmung hängt denn ſehr nahe die folgende zuſammen:

6) Die Enterbung ſoll in Beziehung auf alle Miterben ausgeſprochen werden (ab omnibus heredibus

47) L. 19. D. *h. t.* Bd. VII. d. Comment. S. 273—277. Nr. 4. Vgl. L. J. M. Valett practiſch-theoretiſche Abhandlungen aus dem Gebiete des röm. Privatrechts (Gött. 1824.) Abh. VI. u. Francke Notherbenrecht S. 68 fg. Nr. 6.

48) L. 1. §. 4. L. 74. D. *de heredib. instit.* — L. 9. §. 13. L. 10. D. *eod.* (S. über dieſe Stelle meine Doctr. Pand. Vol. III. §. 666. not. 7.)

49) *H.* Donelli Comment de jure civili Lib. VI. Cap. XII. §. 15. in f. (nach der König-Bucherſchen Ausgabe.)

50) S. z. B. L. 12. D. *de inoff. testamento.*

51) Vgl. hiezu noch *Fr.* Connani Comment. jur. civil. Lib. X. Cap. II. Nr. 13.

fieri debet) [52]. Daß urſprünglich die Enterbungsformel bei jedem Miterben wiederholt werden mußte, ſcheint nicht bezweifelt werden zu dürfen; doch ſchon nach Pandektenrecht iſt es genügend, wenn die Enterbung auch nur einmal ausgeſprochen wird, ſoferne dieß auf eine Art geſchieht, daß über die Abſicht des Teſtirers, den Notherben nicht blos in Hinſicht auf einen oder den andern Miterben ausſchließen zu wollen, kein Zweifel obwalten kann.

Und daſſelbe gilt denn auch

7) von der Regel, daß wenn Subſtitutionen verfügt ſind, der Notherbe von allen Graden auszuſchließen ſey [53]. Wird daher die Enterbung ganz vorangeſtellt und allgemein ausgedrückt [54], ſo bezieht ſie ſich außer Zweifel auf alle Erben und auf alle Grade [55], und eben dieß nahm man auch an, wenn die Enterbung zwiſchen der Einſetzung und der Subſtitution ausgeſprochen war [56],

52) L. 3. §. 2. D. h. t. — Bd. VII. d. Comment. S. 277 fg. Nr. 5. a.

53) Vgl. hierüber die Ausführung im VII. Bde. d. Comment. S. 278 — 286. u. Francke Notherbenr. S. 69 — 72. Nr. 7.

54) d. h., ſo, daß die Enterbung ſich auf alle Erben und Grade beziehen kann, und nicht etwa auf den zuerſt genannten, wie wenn z. B. der Teſtirer ſagte: Meinen Sohn enterbe ich, indem ich ihm den Titius vorziehe, welchen ich hiedurch eingeſetzt haben will. Ein allgemeiner Ausdruck aber wie folgender: quisquis heres erit, filius exheres esto, würde einen Verſtoß gegen die oben unter Nr. 4. erörterte Regel enthalten.

55) L. 3. §. 3. D. *h. t.* „Ante heredis institutionem exheredatus ab omnibus gradibus summotus est.

56) L. 3. §. 4. D. *h. t.* „Inter duos autem gradus exhere-

ſo wie in dem Falle, wenn der Teſtirer Miterben ernennt, jedem derſelben beſonders ſubſtituirt, und die Enterbung zwiſchen dem letzten Inſtitutus und dem letzten Subſtitutus ausgedrückt hatte [57]). Genug, die Praxis entfernte ſich hier etwas von dem ſtrengen Grundprincip und berückſichtigte hauptſächlich den Willen des Teſtirers; nur wo dieſer wirklich zweifelhaft blieb, konnte die Enterbung nicht als eine vollſtändige gelten. — Ob nun eine Enterbung auch alsdann auf alle Grade zu beziehen ſey, wenn ſie erſt nach Aufführung aller Erben und Subſtituten ausgeſprochen wird, iſt unter den heutigen Juriſten beſtritten. Es handelt hiervon ein Reſcript aus d. Jahre 204, worin beſtimmt wird, eine ſolche Enterbung ſey alsdann außer Zweifel auf alle Grade zu beziehen, wenn der Teſtirer ausdrücklich erklärt habe, dieß ſey ſein Wille. Aber ſelbſt dann ſey dieß anzunehmen, wenn zwar eine ſolche Erklärung fehle, jedoch die Abſicht des Teſtirers, den Notherben vollſtändig auszuſchließen zu wollen, klar am Tage liege, und dieß ſey namentlich der Fall, wenn der Teſtirer ſeine ſämmtlichen Erben einander ſubſtituire und hinterher die Enterbung verfüge, weil, wenn die nämlichen Perſonen inſtituirt und ſubſtituirt ſind, die auch nur

datus ab utroque remotus est *secundum Scaevolae sententiam, quam puto veram*." — Ausgemacht war dieß alſo früher nicht, und noch weniger waren es die im Texte folgenden Fälle.

57) L. 3. §. 5. D. *h. t.* „In eo, *qui miscuit duos gradus*, exheredationem valere Mauritianus recte putat, veluti: *Primus heres esto ex semisse; si primus heres non erit, secundus ex semisse heres esto. Tertius ex alio semisse heres esto. Filius exheres esto. Si tertius heres non erit, quartus heres esto*; nam ab utroque gradu summotus est."

bei einem Grade ausgeſprochene Enterbung ſich nothwendig immer auf beide Grade beziehen müſſe [58]). — Interpretirt man dieß Reſcript ſtrenge, ſo muß man freilich ſagen: In der Regel bezieht ſich die hinter allen Erben und Subſtituten ausgedrückte Enterbung blos auf den Zuletztgenannten; nur eine ausdrücklich auf das Gegentheil gerichtete Erklärung des Teſtirers, oder eine nach logiſchen Regeln vorliegende Unmöglichkeit einer andern Willensmeinung deſſelben kann hieran etwas ändern [59]). Indeſſen nach dem Geiſte des zur Zeit der ſpätern juriſtiſchen Klaſſiker herrſchenden Rechts dürfte die Anſicht den Vorzug verdienen, wonach eine an's Ende geſtellte Enterbung in der Regel ſtets auf alle Grade zu beziehen iſt [60]). Fragen wir nämlich nach dem

58) L. 1. Cod. *de liberis praeteritis.* (VI. 28.)

59) Dieß iſt die Meinung von *Hugo* Donellus ad L. 1. C. *de lib. praeteritis.* Nr. 3. *Jac.* Cujacius ad L. 3. §. 2. D. *h. t.* (opp. prior. ed. Par. T. I. p. 1080.). *Jac. de la* Lande Exercitatio in Tit. Cod. *de liberis praeteritis* ad L. 1. inf. (bei Meermann T. IV. p. 393.) *Jos.* Finestres de lib. et postumis P. IV. C. II. §. 29. 30. Weſtphal von Teſtamenten u. ſ. w. §. 589. Glück im VII. Bde. d. Commentars S. 279. Valett Abhandlungen 4te Abh. §. 7. 8. S. 174 fgg.

60) Fineſtres (a. a. O. §. 29.) nennt dieß die gemeine Meinung, und das war ſie in einer frühern Zeit allerdings unbedenklich. S. Azo in Summa Cod. ad tit. *de lib. praeteritis*, ferner die Accurſiſche Gloſſe ad L. 1. *ej. t.*, Bartolus, Baldus, Salicetus u. a. Juriſten dieſes Zeitalters ad *eund. l. Alex.* Tartagnus in Summa ad h. l. Hotomani Comment. ad L. 3. §. 2. D. *h. t.* (in Schol. ad LXX. Titt. D. et C. p. m. 114.) — Unter den Neuern *Sam.* Stryk in Cautelis testament. C. IX. §. 15. Foerster l. l. P. I. §. 14 p. 62. Francke Notherbenrecht S. 70 fg.

Grunde, aus welchem dieß überhaupt bezweifelt werden konnte, ſo läßt ſich hierauf nur die Antwort geben: Eine ſolche Enterbung könne allenfalls ſo verſtanden werden, daß der Notherbe nur dem zuletzt Genannten unbedingt nachſtehen ſoll. Aber war dieß nicht auch alsdann der Fall, wenn die Enterbung zwiſchen die beiden Grade geſtellt war, und vollends in dem Falle, wenn der Teſtirer den Inſtitutionsgrad und Subſtitutionsgrad durcheinander gemiſcht und die Enterbung vor dem zuletzt Genannten Subſtituten ausgeſprochen hatte? Und doch tragen die klaſſiſchen Juriſten kein Bedenken, dieß für vollkommen giltig und wirkſam zu erklären. Geſtritten werden konnte allerdings noch über einzelne Fälle, da der Grundſatz ſelbſt, daß Enterbungen ſtrenge zu interpretiren ſeyen (ein Grundſatz, welcher ohne Zweifel früher auch hier in ſeiner vollen Bedeutung galt), ja im neueſten Rechte noch beſtand. Daher erklärt es ſich denn auch, daß es hierüber zu Anfragen bei den Kaiſern kommen konnte. Aber etwas der im Vorſtehenden entwickelten Anſicht Widerſtreitendes enthält das angeführte kaiſerliche Reſcript nicht; es beſtätigt vielmehr die hier längſt ſchon ſich offenbarende Hinneigung zu einer Interpretation, wobei der Wille des Redenden mehr gilt, als der Buchſtabe.

Es darf aber ein Fall, welcher ſich in unſern Rechtsquellen nicht beſonders berückſichtigt findet, nicht mit Stillſchweigen übergangen werden, wenn nämlich mehrere Subſtitutionsgrade vorhanden ſind, die Enterbung aber nur zwiſchen den Subſtitutionen ausgeſprochen iſt. Die Verfügung lautet z. B. ſo: Ich ſetze den A. zum Erben ein, ſollte er mein Erbe nicht ſeyn wollen oder können, ſo ſubſtituire ich ihm den B.; mein Sohn ſoll enterbt ſeyn; im Falle auch der B. mein Erbe nicht

werden würde, ſubſtituire ich ihm den C. Francke nimmt an, daß die Enterbung zwar auf alle Grade ſich beziehen würde, wenn ſie gleich nach der Einſetzung vor den Subſtitutionen ausgeſprochen ſey, „quia inter duos gradus exheredatus ab utroque summotus est“ [61]) nicht aber in dem Falle, wie wir ihn oben geſtellt haben, indem durch die enge Beziehung auf den Grad, in deſſen Mitte die Ausſchließung ſich findet, der Enterbte von den übrigen Graden getrennt ſey [62]). Auf den erſten Anblick hat dies wohl Manches für ſich. Denn da hier eigentlich zwei Einſetzungen und zwei Subſtitutionen ſich finden, ſo ſtehen zunächſt nur A. und B., und dann wieder B. (als secundus institutus) und C. mit einander in Verbindung, ſo ſcheint denn alſo in unſerem Falle der Enterbte in Beziehung auf den Inſtitutus (A.) präterirt zu ſeyn. Doch würde alsdann die Conſequenz erfordern, ein Gleiches auch in dem erſten Falle anzunehmen, da die Stelle, worauf Francke ſich bezieht, ja nur von zwei Graden ſpricht, hier aber drei Grade vorhanden ſind. — Indeſſen ſoll hier einmal überhaupt keine ſtreng buchſtäbliche Interpretation gelten, ſo läßt ſich die Behauptung ſehr wohl rechtfertigen, daß auch die zur Frage ſtehende Verfügung als vollſtändige und auf alle Grade ſich beziehende Enterbung anzuſehen ſey, ſoferne nicht aus beſonderen Gründen ſich Beſchränkungen ergeben. Durch eine Combination der beiden oben begründeten Sätze, erſtlich, die zwiſchen zwei Grade geſtellte Enterbung iſt giltig, und zweitens, auch die am Ende ausgedrückte iſt es, — läßt ſich dieß Reſultat ſogar ſtreng juriſtiſch deduciren. Denn nach dem erſten Satz iſt die Enterbung

61) L. 3. §. 4. D. *h. t.*

62) Francke a. a. O. S. 71.

in Anſehung des letzten Subſtitutus für rechtsbeſtändig zu halten, nach dem zweiten iſt ſie es hinſichtlich des Inſtitutus. Zur Unterſtützung dieſer Anſicht darf man ſich allenfalls auch noch darauf berufen, daß überhaupt der zweite Subſtitut auch als Subſtitut des eingeſetzten Erben betrachtet werden kann; denn wenn der Erſte vor dem inſtituirten Erben wegfällt, ſo iſt doch das Recht des Zweiten ſo wirkſam, als wäre er dieſem unmittelbar ſubſtituirt [63]).

Ich trage daher kein Bedenken anzunehmen, daß ſchon nach dem Pandektenrechte eine allgemein ausgedrückte Enterbung regelmäßig als eine vollſtändige, d. h., auf alle Grade ſich beziehende angeſehen werden müſſe, an welcher Stelle die Enterbung auch ausgeſprochen werde; falls nicht der Ausdruck ſelbſt auf eine Beſchränkung hinweiſt, oder wenigſtens die Abſicht des Teſtirers zweifelhaft macht [64]). Denn auch in dem letzteren Falle greift freilich hier die Regel ein: exheredationes non esse adjuvandas, wonach denn im Zweifel nicht für, ſondern gegen den Rechtsbeſtand einer Enterbung zu entſcheiden iſt. Ganz unbedenklich würde daher die Enterbung nur auf den zweiten Grad zu beziehen ſeyn, wenn der Teſtirer ſich ſo ausgedrückt hätte: Titius ſoll mein Erbe ſeyn, und, falls er es nicht werden würde, der Cajus ihm ſubſtituirt ſeyn; dieſen ziehe ich in jedem Falle meinem Sohne vor, den ich hiedurch enterbe.

Eine Enterbung von allen Graden iſt aber alsdann gar nicht nöthig, wenn der Notherbe ſelber inſtituirt iſt.

63) L. 27. L. 41 pr. D. *de vulg. et pupill. substitutione.* (XXVIII. 6.)

64) Dieß wird auch von den in der Note 59. angef. ältern Schriftſtellern angenommen.

L. 14. §. 1. D. *h. t.* (Africanus Libro IV. Quaest.) „Quod vulgo dicitur, eum gradum, a quo filius praeteritus sit, non valere, non usque quaque verum esse ait; nam si primo gradu heres institutus sit filius, non debere eum a substitutis exheredari. Ideoque si filio et Titio heredibus institutis, Titio Mevius substitutus sit, omittente Titio hereditatem, Mevium eam adire posse, quamvis filius secundo gradu [65]) exheredatus non sit.“ — Ob ihm ſelbſt Subſtituten ernannt ſind, oder ſeinen Miterben, iſt hier gleichgiltig; genug, wenn er nur eingeſetzt iſt. — Eine merkwürdige Einſchränkung macht hierbei Förſter. Er meint, daß noch zu unterſcheiden ſey, ob der Sohn den Vater überlebt und dann die Erbſchaft ausſchlägt, oder ob derſelbe vor dem Vater ſtirbt. Im erſten Falle komme Afrikan's Entſcheidung unbedingt zur Anwendung, da die Erbfolge aus dem Teſtament giltig mit dem Inſtitutionsfall begonnen habe. Im zweiten Falle dagegen könne die Subſtitution in der Regel nicht gelten, weil hier das Erbrecht erſt von dem Subſtitutionsgrade anfange, außer wenn der Sohn Miterben habe und dieſer den Anfall der Erbſchaft erlebe, das Recht ſelbſt aber ausſchlage. Er räth daher der Sicherheit halber, den eingeſetzten Sohn ſtets von den folgenden Graden zu enterben, „ne alias, peremto priori gradu, successio a posteriori gradu incipere nequeat“ [66]). Indeſſen iſt nicht der geringſte Grund zu einem ſolchen Unterſchiede vorhanden. Der Erblaſſer hat ſeiner Pflicht gegen die Notherben durch

65) Cod. Lips. Senat. u. Haloander leſen ex secundo gradu; indeſſen iſt eine Abweichung von der Florentiniſchen Leſart hier nicht nöthig.

66) Foerster l. l. p. 76 sq. Nr. 1.

deren Einſetzung Genüge geleiſtet; in Anſehung des Rechts ihnen Miterben zu ernennen, oder vulgariter zu ſubſtituiren, iſt er auf keine Weiſe eingeſchränkt. Macht er hievon Gebrauch, ſo beſtehen dieſe Anordnungen nun durch ſich ſelbſt, die Subſtituten des Sohnes treten daher allemal an deſſen Stelle, wenn er ſelbſt ihnen nicht weiter im Wege ſteht; auf den Grund ſeines Wegfallens kann hierbei nichts ankommen. Zum Ueberfluß läßt ſich dieß auch direkt aus einer Stelle Ulpian's, der L. 4. §. 2. D. *de heredib. inst.* erweiſen: „Sed et si filio sub conditione, quae in ejus potestate est, herede instituto [67]), nepos sit substitutus sive extraneus, puto filio non extiturum heredem substitutum, post mortem vero extiturum, nec necessariam a substituto filio exheredationem, quum etsi fuerit facta, frustra sit; post mortem enim filii facta est, quam inutilem esse alias ostendimus. Opinamur igitur, filium, si sit institutus sub ea conditione, quae sit in ejus potestate, non indigere exheredatione a sequentibus gradibus; alioquin et a coherede indigebit" [68]). — Hier wird alſo zuvörderſt der Satz in unbedingter Allgemeinheit ausgeſprochen: Wenn der Sohn auf eine an ſich zuläſſige Weiſe (alſo auch wenn er unter einer Poteſtativbedingung) eingeſetzt iſt, ſo bedarf es einer Enterbung von den Subſtituten ſo wenig, als von etwaigen Miterben; der Sohn ſteht, wenn er lebt, den Subſtituten im Wege, iſt er nicht mehr am Leben, ſo

67) So lieſ't auch der Leipziger Codex. Die beſonders in ältern Drucken ſich findende Lesart: *heredi substituto* iſt offenbar fehlerhaft.

68) d. h. ſonſt müßte ja der Sohn auch von ſeinem eignen Miterben enterbt werden.

treten ſie an ſeine Stelle [69]. Demnächſt aber wird noch ausdrücklich bemerkt, daß eine Enterbung von den Subſtituten hier nicht einmal giltiger Weiſe geſchehen könne; es würde darin eine unzuläſſige exheredatio post mortem liegen, da der lebende Sohn ja nach dem Willen des Teſtirers die Subſtituten ausſchließen ſoll [70].

Es genügt ferner eine Enterbung des Sohns blos von dem erſten Grade, wenn er ſelber im zweiten inſtituirt (alſo ſubſtituirt) iſt [71]. War er aber in einem ſolchen Fall von dem erſten Grade nicht enterbt, ſo würde nach der ſtrengeren Anſicht das Teſtament für ungiltig zu achten ſeyn, da der Notherbe ja ein Recht hat, im erſten Grade auf gehörige Weiſe (durch Einſetzung oder Enterbung) berückſichtigt zu werden. Indeſſen nach dem praktiſchen Rechte ſchadete dieß dem Teſtamente nicht, wie wir gleich ſehen werden.

Unter den Juriſten-Schulen herrſchte nemlich darüber Streit, ob das ganze Teſtament nicht gelte, wenn der Sohn nicht gehörig von den Graden enterbt worden ſey, oder ob blos der Grad wegfalle, in Beziehung auf welchen er präterirt worden. Die Meinung der Sabinianer, welche ſich für letzteres entſchieden, ſiegte. Angenommen nun,

69) Da hier der Sohn unter einer Poteſtativbedingung ernannt war, ſo wird er zwar nicht ipso jure Erbe, folglich treten die Subſtituten ein, wenn jener auch erſt nach dem Vater ſtirbt, ehe die Bedingung erfüllt iſt; allein ſchon der Allgemeinheit der Beſtimmung wegen iſt nicht anzunehmen, daß Ulpian blos dieſen Fall meinte; daß er aber an eine omissio hereditatis von Seiten des Sohns überall nicht dachte, ergiebt ſich wohl aus der Stelle deutlich genug.

70) S. Francke Notherbenrecht S. 71. a. E. fg.

71) Foerster l. l. p. 77. Nr. 2.

der Sohn iſt von dem erſten Grade präterirt, von dem zweiten gehörig enterbt, beim Anfall der Erbſchaft aber exiſtirt der eingeſetzte Erbe nicht mehr (primus gradus peremtus est), ſo treten nun die Subſtituten ein, als wären ſie im erſten Grade inſtituirt: „*Sabinus* et *Cassius* et *Julianus* putant, peremto primo gradu testamentum ab eo gradu exordium capere, unde filius exheredatus est. Quae sententia comprobata est“ 72).

Dieſe anerkannte Regel nun: Nicht das ganze Teſtament iſt ungiltig, ſondern nur der Grad gilt nicht, in Beziehung auf welchen die Präterition erfolgt iſt, zeigt ſich denn auch inſonderheit für den Fall von Wichtigkeit, wenn der Notherbe im erſten Grade präterirt, im zweiten eingeſetzt, alſo dem erſten Erben ſubſtituirt iſt. Denn da der erſte Grad als gar nicht vorhanden angeſehen werden muß, ſo findet ſich der Sohn jetzt an der erſten Stelle inſtituirt, iſt mithin Erbe aus dem Teſtamente. L. 75. D. *de heredib. instit.* (*Papinianus* Lib. XII. Quaest.) „Si filius substituatur ei, quo praeteritus est, non ut intestati patris, sed ex testamento habebit hereditatem, quoniam et quolibet alio substituto, si fuisset ab eo exheredatus, inde testamentum inciperet, ubi filius esset exheredatus 73).

72) L. 3. §. 6. D. *h. t.* — In andern Pandektenſtellen wird daher auch geradezu die Regel aufgeſtellt: Eum gradum, a quo filius praeteritus sit, non valere, oder, nullius esse momenti. L. 14. §. 1. D. *h. t.* L. 43. §. 2. D. *de vulg. et pupill. substitutione.* — Vgl. auch L. 8. §. 5. D. *de B. P. contra tabulas.*

73) Einen andern hieher gehörigen Fall trägt Paulus vor in der L. 43. §. 2. D. *de vulg. et pupill. substitutione*

Aber auch alsdann wird die Regel angewandt, wenn der Notherbe vom erſten Grade exheredirt, vom zweiten präterirt iſt. So lange alſo der gehörig eingeſetzte Grad noch zur Erbſchaft gelangen kann, hat der Notherbe an dieſelbe keinen Anſpruch, fällt jener weg, ſo tritt nunmehr ſein Recht ein. Der zweite Grad bleibt allemal ausgeſchloſſen, da er von Anfang an nicht gilt. Geſetzt alſo, es wäre der erſte Erbe unter einer Bedingung eingeſetzt, welche beim Anfall der Erbſchaft ſchwebte, ſpäter aber wegfiel, oder der Erbe ſchlägt die Erbſchaft aus, ſo hilft dieß dem Subſtituten auch ſelbſt in dem Falle nichts, wenn zu der Zeit, wo ſich jenes ereignet, der Präterirte gar nicht mehr am Leben iſt. Die an ſich nichtige Subſtitution kann dadurch nicht giltig werden; es tritt alſo Inteſtaterbfolge ein [74].

„Lucius Titius cum haberet filios in potestate, uxorem heredem scripsit et ei substituit filios. Quaesitum est: an institutio uxoris nullius momenti sit eo, quod ab eo gradu filii non essent exheredati? Respondi: Eum gradum, a quo filii praeteriti sint, nullius esse momenti, et ideo, cum iidem substituti proponantur, ex testamento eos extitisse heredes videri sc. quia non totum testamentum infirmant filii, sed tantum eum gradum, qui ab initio non valuit, sicut responsum est, si a primo filius sit praeteritus, a secundo exheredatus. Nihil autem interest, qua ratione secundi heredis institutio valeat, utrum, quia ab eo filius exheredatus est, an quia filius ipse substitutus est.“ — In dieſer Stelle findet ſich alſo unſere Regel nach ihren beiden Hauptbeziehungen erklärt und angewandt. Vgl. auch Cujacii Comment. in Lib. IX. Quaest. Pauli ad h. l. (opp. postum. ed. Par. T. II. p. 1119.)

74) L. 8. D. *h. t.* (Vgl. Bd. VII. d. Comment. S. 281. Nr. *b.*) — Hieher gehört auch die Aeußerung Ulpians in der L. 4.

In einem Falle ſoll, nach der Meinung der Gloſſe, die auch nur von einem oder dem andern Grade geſchehene Ausſchließung die ganze Verfügung null und nichtig machen: wenn nämlich der Teſtirer ausdrücklich beſtimmt hätte, er ſchließe den Notherben nur in Beziehung auf den einen oder den andern Grad aus; denn dadurch würde der Sohn blos von einem Theile der Erbſchaft ausgeſchloſſen ſeyn [75]), was bekanntlich nicht angeht (ſ. oben Num. 5.). Indeſſen kann man dieß nur zugeben, wenn der Erblaſſer die Enterbung blos in Beziehung auf den einen oder den andern Miterben ausgeſprochen haben ſollte, weil dann der Notherbe allerdings nur von einem Theile enterbt ſeyn würde. Allein wer von einem ganzen Grade ausgeſchloſſen iſt, iſt auch von der ganzen Erbſchaft ausgeſchloſſen, wenn gleich nicht in Beziehung auf alle Fälle. Man darf mithin die Giltigkeit der Regel: Eum gradum non valere, a quo filius praeteritus ſit, ohne alle Einſchränkung behaupten.

Im Ganzen gilt dieß Recht nun auch für die Fälle, wenn ein Poſtumus nicht für alle Grade berückſichtigt iſt.

D. *de injuſto rupto* etc. *teſtamento*: „Denique et deliberantibus primo gradu ſcriptis heredibus, qui ſecundo gradu ſcripti ſunt heredes, obtinere hereditatem non poſſunt; gradu enim rupto et infirmato, amplius hereditas inde obtineri non poteſt.“ — Cujacius (ad L. 8. D. *h. t.* p. m. 1084.) meint, daß in dieſer Stelle die Worte *defuncto poſtumo* fehlen. Indeſſen iſt es nicht gerade nöthig, hier an einen präterirten Poſtumus zu denken, da in dem vorausgeſetzten Fall (wenn der Notherbe nur von dem erſten Grade enterbt iſt) für den Poſtumus kein anderes Recht galt, wie für den Lebenden.

75) Glossa ad L. 1. Cod. *de lib. praeteritis*.

Doch findet ſich hierbei manches Eigenthümliche, was ſich übrigens daraus erklären läßt, daß die Präterition lebender Söhne gleich anfängliche Nichtigkeit des Teſtaments bewirkt, Poſtumen aber durch ihr Erſcheinen ein an ſich giltiges Teſtament rumpiren.

Es iſt auch hier wieder zu unterſcheiden:

A) Der Poſtumus iſt von dem erſten Grade enterbt, von dem zweiten präterirt. Dann iſt der erſte Grad allemal giltig, der zweite ungiltig [76]), und es iſt in dieſer Hinſicht auch einerlei, ob zu der Zeit, wo der Poſtumus erſcheint, der erſte Grad noch beſteht, oder ſchon weggefallen iſt, — ob der Poſtumus vor oder nach dem Tode des Erblaſſers zur Welt kommt, — und eben ſo, ob die giltig eingeſetzten Erben die Verlaſſenſchaft wirklich erhalten oder nicht. Die Subſtituten ſind durch das Erſcheinen des Poſtumus von der Erbſchaft ausgeſchloſſen, und ſie bleiben es auch, wenn gleich der Poſtumus ſelber zu der Zeit, wo der erſte Grad wegfällt, ihnen nicht mehr im Wege ſteht; z. B. der erſte Erbe ſchlägt die Verlaſſenſchaft aus, oder die Bedingung, unter welcher er eingeſetzt iſt, fällt weg, und zwar zu einer Zeit, wo der Poſtumus ſchon wieder mit Tode abgegangen iſt [77]).

Dieſe regelmäßige Gleichheit der rechtlichen Wirkungen, wenn ein ſchon geborner Sohn und ein Poſtumus in Beziehung auf den zweiten Grad präterirt, von dem erſten dagegen gehörig enterbt ſind, beſtätigt auch Pomponius in einer Stelle, worin er beide Fälle zuſam-

76) L. 3. §. 6. D. *de injusto*, *rupto* etc. *test.* — S. hierüber Bd. VII. d. Comment. S. 282. Note 16.

77) L. 14. pr. D. *h. t.* — S. Bd. VII. d. Comm. S. 281 fgg.

menſtellt [78]). Zuerſt trägt er den Fall vor, wenn ein lebender Sohn, der auf dieſe Weiſe unvollſtändig im Teſtament berückſichtigt war, mit Tode abgeht; während es noch zweifelhaft iſt, ob der erſte Erbe antreten werde; der Subſtitut ſey doch auf jeden Fall ausgeſchloſſen: „*quasi ab initio inutiliter institutus*, *cum ab eo filius exheredatus non sit.*“ Darauf fährt er ſo fort: Quodsi in postumo filio idem acciderit, *ut natus vivo patre*, *a quo exheredatus sit*, *moriatur*, eadem dicenda erunt de substituto, quoniam, cum est natus filius, loco ejus est, qui superstes est.“ Der Sinn dieſer Stelle kann nicht zweifelhaft ſeyn; von dem Augenblick an, wo der Poſtumus erſcheint (will Pomponius ſagen) ſteht ihm daſſelbe Recht zu, wie dem Sohne, welcher zur Zeit der Teſtamentserrichtung ſchon lebte. Wie ſind nun aber die Worte: ut natus vivo patre, a quo exheredatus sit, moriatur zu verſtehen? Der Juriſt ſcheint ja hiernach zu ſagen: Wenn der Poſtumus beim Leben des Teſtirers geboren wird, und auch noch vor demſelben wieder ſtirbt, ſo wird der zweite Grad rumpirt. Aber muß man alsdann nicht gerade das Gegentheil behaupten? Denn aus einem Teſtamente, worin ein Poſtumus präterirt iſt, wird ja immer doch noch eine wirkſame B. P. secundum tabb. gegeben, wenn der Poſtumus vor dem Erblaſſer wieder mit Tode abgeht [79]). Accurſius meint, man müſſe dieß ſo verſtehen, daß der Poſtumus zwar beim Leben des Vaters geboren, aber erſt nach dem Tode deſſelben, und während der erſte Erbe deliberirte, wieder geſtorben ſey [80]).

78) L. 8. D. *h. t.*

79) L. 12. pr. D. *de injusto*, *rupto* etc. *testamento*.

80) Glossa ad L. 8. D. *h. t.* Nr. e.

Dieſe Meinung wird auch, gegen Cujacius, vertheidigt von Joh. Robert[81]. Indeſſen wenn dieſe Interpretation auch nicht ſchon aus grammatiſchen Gründen verworfrn werden müßte, ſo würde doch weiter die Frage entſtehen, wie Pomponius darauf kam, den Fall ſo zu ſtellen, daß der Poſtumus bereits beim Leben ſeines Vaters geboren ſey? Galt denn etwa nicht das nämliche Recht, wenn der Poſtumus erſt nach dem Tode ſeines Vaters erſchienen wäre? Robert antwortet: Pomponius will hier von zweien in ihren faktiſchen und rechtlichen Verhältniſſen ähnlichen Fällen handeln; eine vollkommene Aehnlichkeit aber iſt nur vorhanden, wenn der Poſtumus ſchon vor dem Ableben ſeines Vaters geboren wird, indem hier (eben ſo wie wenn der lebende Sohn präterirt iſt) das Teſtament noch abgeändert werden konnte. Dieß iſt aber ſo viel als nichts geſagt, falls nicht bewieſen werden kann, daß hier ein anderes Recht für den präterirten Poſtumus gelte, wenn er erſt nach dem Tode ſeines Vaters erſcheint; und dieſen Beweis iſt Robert ſchuldig geblieben. Im Weſentlichen mit dieſer vermeinten Erklärung übereinſtimmend, iſt auch die, welche Altamiranus giebt, wenn er gleich ziemlich vornehm bemerkt: „etiam illis verbis retentis *vivo patre* ICtum explicare voluit Jo. Robertus —. Ego ejus explicationem omitto.“ Er glaubt nämlich, der vom Pom-

81) *Jo.* Roberti Animadversionum juris civ. Lib. II. Cap. XIX. (ed. Marpurg. p. 214 sqq.) S. dagegen die Notata ad Animadversiones von *Ant.* Mercator (*Jac.* Cujacius ad Cap. XIX. Lib. II. ebendaſ. p. 538 sqq. (oder opp. Cujacii postumorum ed. Par. T. VI. p. 67 sq.), auch die Replik von *Jo.* Robertus in den Notis ad Notata Mercatoris Lib. II. Cap. XIX. (ed. Marp. p. 835 sqq.)

ponius angeführte Grund: quasi ab initio inutiliter institutus u. ſ. w. würde nicht gepaßt haben, ohne voraus- zuſetzen, es ſey der Poſtumus beim Leben ſeines Vaters geboren[82]). Allein, auch wenn der Poſtumus bei des Vaters Leben erſcheint, ſo läßt ſich ja noch nicht ſagen, es ſey nun der Grad, von welchem er präterirt wurde, von Anfang an ungiltig! Immer wird ein an ſich giltiger Grad nur reſcindirt, und dieß wird er nicht weniger, wenn auch der Poſtumus erſt nach dem Tode des Vaters zur Welt kommt. Sollen beide Fälle wirklich einander verglichen werden können, ſo muß der zweite ſo geſtellt werden: Der Poſtumus (gleichviel, ob vor oder nach des Vaters Tode geboren) ſtirbt, während es noch ungewiß iſt, ob der erſte Erbe die Erbſchaft erwerben werde oder nicht; der zweite Grad iſt hier allemal ausgeſchloſſen, welcher von dieſen beiden Fällen auch eintrete. — Aber wie iſt dieſer Sinn nun mit den obigen Worten (ut natus vivo patre — — moriatur.) zu vereinigen? A. Faber meint: ſie ſeyen ein bloßes Einſchiebſel eines „inepti interpretis et parum acuti“[83]). Für dieſe Vorausſetzung giebt es indeſſen keinen andern Grund, als daß jene Worte allerdings nicht gerade zum Verſtändniß der Stelle nöthig ſind. Alles erwogen dürfte wohl der Vorſchlag von Cujacius Billigung verdienen, ſtatt vivo patre zu leſen: vivo primo[84]). Dieſe Emendation hebt alle Schwierig-

82) *Jo.* Altamirani ad Libr. VI. Quaest. Scaevolae Tract. VI. ad L. 19. D. *de injusto*, *rupto* etc. *test.* §. 3 — 8. in Meermani Thesauro T. II. p. 468 sq.

83) *Ant.* Fabri Conjecturar. Lib. VIII. Cap. XX. in f.

84) *Jac.* Cujacii Comment. ad L. 8. D. *de lib. et postumis* (opp. prior. ed. Par. T. I. p. 1084.)

keiten vollſtändig, ſie empfiehlt ſich durch ihre große Leichtigkeit[85]) und wird auſſerdem noch durch die ſo gewöhnlich auch ſelbſt in dieſer Stelle ſonſt noch vorkommende Beziehung des a quo exheredatur auf den eingeſetzten Erben unterſtützt[86]).

Indeſſen giebt es auch für die Fälle, wo der Notherbe von dem erſten Grade giltig enterbt, von dem zweiten ausgeſchloſſen iſt, einzelne Verſchiedenheiten in Anſehung des Rechts der Poſtumen. — *Erſtlich* iſt nämlich kein Grund vorhanden, dem allgemeinen Rechtsſatz, daß der eingeſetzte Erbe eine wirkſame sec. tabb. B. P. erhalte, nicht auch hier anzuwenden, wenn der Poſtumus vor dem Tode ſeines Vaters nicht nur geboren wird, ſondern auch wieder ſtirbt[87]). Dann würden alſo die

85) Denn hier konnten wohl ſehr leicht die ähnlichen Abkürzungen für patre und primo verwechſelt oder mißverſtanden werden „Error natus est (ſagt Cujacius l. l.) ex his compendiis: Pr͂e, Pr͂o.“

86) Es ſcheint auch dafür an handſchriftlichen Auctoritäten nicht zu fehlen. So bemerkt Hotman ad *h. l.* bei den Worten *natus vivo patre*: „*Vivo priore* sine dubio corrigendum est, vel (*ut nonnulli ex antiquis libris corrigunt*) *vivo primo* (Scholae ad LXX. Titt. D. et Cod. p. m. 122.), und auch bei Ruſſardus findet ſich hier die Randbemerkung: „*Vivo primo.*“ Qua lectione tollis ingentem dubitationem, quae apud Accursium est.“

87) S. Cujacius l. l. Auch Altamiranus (l. l. §. 7. in f.) giebt dieß zu. *Ant.* Faber (l. l.) ſcheint es aber zu beſtreiten, Gründe ſeines Widerſpruchs führt er zwar nicht an. Auch Foerster (l. l. p. 129 sqq.) hält hier die L. 12. *pr. de inj.* etc. *facto test.* nicht für anwendbar. Doch beruft er ſich nur auf Stellen, welche von dem Falle handeln, wenn der Notherbe nach der Delation des Erbrechts geſtorben iſt.

Subſtituten, deren Einſetzung hier ja nicht gleich anfangs ungiltig, ſondern nur reſcindirt iſt, die Erbſchaft erhalten können, ſobald der erſte Grad weggefallen iſt. — Zweitens, wenn Miterben eingeſetzt und ihnen Subſtituten ernannt ſind, ſo wird der ganze erſte Grad zerſtört, wenn der Poſtumus erſt erſcheint, nachdem einer der Miterben, bereits weggefallen, mithin das Recht deſſelben, an ſeinen Subſtituten gekommen iſt. In dieſem Falle alſo wird auch das Recht des noch übrigen Miterben vernichtet, wogegen, wenn bei dem Erſcheinen des Poſtumus die Succeſſion noch vollſtändig im erſten Grade geſchwebt hätte, der wegfallende Erbtheil jure accrescendi an den Miterben, mit Ausſchluß des Nachgebornen, fällt. Dieſer Unterſchied erklärt ſich ſo. Der Poſtumus zerſtört durch ſein Erſcheinen den Grad, in Beziehung auf welchen er präterirt iſt; es kann mithin in dem hier vorausgeſetzten Falle die Subſtitution auch dem Anwachſungsrecht der Miterben nicht im Wege ſtehen, da ſie im Rechtsſinne als gar nicht vorhanden zu betrachten iſt. Allein da der Grad, von welchem der Poſtumus präterirt wurde, nicht unbedingt nichtig iſt, ſondern bis zur agnatio postumi Alles in suspenso bleibt, ſo kommt es nun darauf an, ob damals das jus accrescendi des Miterben ſchon ausgeſchloſſen war oder nicht. Letzteres iſt der Fall, wenn beim Erſcheinen des Poſtumus es noch im Ungewiſſen ſchwebte, ob beide Miterben die Erbſchaft antreten würden. Da durch den Poſtumus der zweite Grad reſcindirt iſt, ſo tritt nunmehr, wenn der erſte Grad wegfällt, das geſetzliche jus accrescendi ein. Anders verhält es ſich in dem erſten Falle. Hier war beim Erſcheinen des Poſtumus das Recht des wegfallenden Miterben ſeinem Subſtituten bereits deferirt,

mithin das jus accrescendi einmal ausgeſchloſſen; da nun aber der Poſtumus das Recht der Subſtituten wieder zerſtört [88]), auch nicht theilweiſe die geſetzliche, theilweiſe die Inteſtatſucceſſion eintreten kann [89]), kommt die Sache dadurch in die Lage, als wenn der Notherbe nur von Einem Miterben enterbt wäre, folglich gilt die ganze Enterbung nicht [90]). Scävola nun, welcher hievon handelt [91]), drückt dieſen Grund ſo aus: „jam enim propter instituti personam, a quo postumus exhe-

88) Dies drückt der Scholiaſt zu den Baſiliken (nach der Ueberſetzung von Fabrot) ſo aus: „Nam substitutio praefertur quidem juri accrescendi, sed inferior est praeterito postumo"; T. V. p. 282. Schol. p.

89) *Jac.* Cujacii ad Africanum tract. IV. ad L. 14. D. *h. t.* (opp. prior. ed. Par. T. I. p. 1444.)

90) L. 8. §. 3. D. *de B. P. contra tabb.* (XXXVII. 4.)

91) L. 19. pr. D. *de injusto*, *rupto* etc. *testamento.* — Es iſt dieſe Stelle, der Hauptſache nach, ſchon von Glück Bd. VII. d. Commentars S. 282 fgg. richtig erklärt, auch mit Berückſichtigung der von Scävola L. 19. §. 1. D. *cit.* vorgetragenen Ausnahme, daß nämlich alsdann die Enterbung vom zweiten Grade nicht erfordert werde, wenn die Miterben einander wechſelſeitig ſubſtituirt ſind. Jedoch fehlt es der Glück'ſchen Erklärung eben ſo ſehr an Deutlichkeit als an gehöriger Begründung. — Warum übrigens in dem von Scävola in der L. 19. pr. cit. und in dem verwandten von African in der L. 14. pr. D. *h. t.* referirten Falle gerade vorausgeſetzt werden ſoll, wie faſt von allen Auslegern angenommen wird, daß jedem Miterben ein anderer ſubſtituirt ſey, iſt wohl ſchwer zu ſagen. Der Ausdruck der hieher gehörigen Stelle ſo wenig, als die Natur der Sache erfordern dies; nach beiden muß vielmehr daſſelbe Reſultat eintreten, wenn auch nur Einer, jedoch jedem Miterben beſonders, ſubſtituirt iſt. — Valett Abhandl. S. 177. §. 18.

redatus est, in cujus locum substitutus vocatur, a quo postumus exheredatus non est, ruptum est testamentum"; d. h., weil in das Recht des Miterben ein Subſtitut eingetreten iſt, in Anſehung deſſen der Poſtumus präterirt war, ſo iſt der Notherbe eigentlich nur von Einem Erben gehörig ausgeſchloſſen, daher fällt das ganze Teſtament über den Haufen.

B) Iſt der Poſtumus von dem erſten Grade präterirt, von dem zweiten enterbt, ſo muß unterſchieden werden, ob der erſte Grad zu der Zeit, wo der Poſtumus erſcheint, ſchon weggefallen iſt, oder nicht. In jenem Falle wird ebenfalls nur der weggefallene Grad als gar nicht vorhanden angeſehen, mithin erhalten die Subſtituten gleichſam als wären ſie Erben des erſten Grades die Verlaſſenſchaft. Im zweiten dagegen zerſtört der Poſtumus nicht blos das Recht des erſten, ſondern auch das des zweiten Grades. „Rumpendo autem testamentum *sibi locum facere postumus solet*, quamvis *filius* sequentem gradum, a quo exheredatus est, patiatur valere" [92]). Der Grund, weshalb hier die Präterition des Poſtumus nachtheiliger für das Teſtament wirkt, wie das der lebenden Söhne, iſt folgender. Die Uebergehung der Letzteren erzeugt unbedingte Nichtigkeit des Grades, von welchem ſie präterirt ſind;

92) L. 5. in f. D. *de injusto* etc. *facto testamento*. Nach dem im Texte aufgeſtellten Gegenſatz fügt der Juriſt zur Erläuterung deſſen, was über das Recht des Poſtumus bemerkt war, Folgendes hinzu: „Sed si a primo gradu praeteritus, a secundo exheredatus sit, si eo tempore nascatur postumus, quo aliquis ex institutis vixit totum testamentum ruptum est, *nam tollendo primum gradum sibi locum faciet.*"

dieſer Grad alſo hat im Rechtsſinne nie exiſtirt, folglich wird nur der giltige Grad beachtet. Der Poſtumus dagegen rumpirt ein an ſich giltiges Teſtament. Da nun agnatione postumi ein Teſtament ſeinem ganzen Inhalte nach zerſtört wird[93], ſo können auch die folgenden Grade nicht beſtehen bleiben, wenn gleich in Anſehung ihrer der Poſtumus gehörig enterbt ſeyn ſollte[94]. Daraus folgt denn weiter, daß, wenn der Poſtumus vom erſten Grade enterbt, vom zweiten übergangen und vom dritten wiederum enterbt iſt, der erſte Grad aber wegfällt, alsdann nicht blos der zweite, ſondern auch der dritte Grad durch den Poſtumus aufgehoben wird. Itaque

93) L. 1. in f. Cod. *de postumis heredib. instituendis*: „Ex rupto autem testamento nihil deberi neque peti posse, explorati juris est.“ L. 15. in f. D. *de injusto* etc. *facto testamento*: „non puto dubium esse, quin — — — testamentum rumpatur; sequitur ergo ut ex eo testamento hereditas ad neminem perveniat.“

94) Glossa Accursii ad L. 3. §. 6. D. *h. t.* not. *o.* Cujacius ad Africanum Tractatus IV. ad L. 14. D. *h. t.* (opp. prior. ed. Par. T. I. p. 1343.) *Ant.* Faber Conjectur. Lib. VIII. Cap. XX. Ejusd. Errores Pragmat. Dec. XXX. error. II. Pothier Pand. Justin. T. II. p. 188. not. d. Valett Abh. S. 181 fg. — Anders (jedoch höchſt ungenügend) ſucht *Ant.* Merenda Controvers. jur. Lib. IV. Cap. XXIV. §. 8. u. 9.) die Sache zu erklären. Er meint, wenn der Vater ſeinen lebenden Sohn erſt bei dem zweiten Grad enterbe, ſo habe er dadurch einen begangenenn Irrthum wieder gut machen, alſo ſelbſt erkennen geben wollen, das Teſtament ſey erſt von dieſem Grade an giltig. Beim Poſtumus dagegen laſſe ſich ein veränderter Wille des Teſtirers wenigſtens nicht mit Sicherheit vermuthen, da ja der erſte Grad auch ohne daß der Poſtumus von ihm enterbt ſey, einſtweilen gelte!

(fährt African in der L. 14. pr. D. *h. t.* fort) si a primo gradu exheredatus, a secundo praeteritus, a tertio exheredatus sit, et viventibus primis et deliberantibus decedat, quaeri solet, omittentibus primis aditionem, utrum ad eos, qui tertio gradu scripti sint, an potius ad legitimos heredes pertineat hereditas? quo et ipso casu rectius existimari putavit, ad legitimos eam pertinere." Hieran knüpft er denn, gleichſam zur Erläuterung, noch folgende Bemerkung: „nam et cum duobus heredibus institutis, et in singulorum locum facta substitutione, a primis exheredatus postumus, a secundis praeteritus fuerit, si alter ex institutis omiserit, *quamvis postumus excludatur*, non tamen magis substitutum admitti"[95]. Die Worte quamvis postumus excludatur erklären die Gloſſe[96], Cujacius[97] und Andere[98] von dem Wegfallen des Poſtumus durch den Tod; wenn alſo während der Deliberationszeit der Poſtumus wieder mit Tode abgehe, und nun einer der Miterben wegfalle, ſo ſey das Recht den Inteſtaterben deferirt. Allein nicht zu gedenken, wie unpaſſend dafür der Ausdruck gewählt ſeyn würde, ſo ſtehen dieſer Erklärung doch auch noch andere Gründe entgegen. Erſcheint nämlich der Poſtumus ſchon während das Succeſſionsrecht noch im erſten

95) Man vergl. hiermit den von Scävola in der L. 19. pr. D. *de injusto* etc. *facto test.* vorgetragenen Fall. S. oben S. 445 fg.

96) Vivianus in casu ad *h. l.* in f.

97) l. l. p. 1344.

98) z. B. Pothier Pand. Just. Tit. *de lib. et postumis.* Nr. XXXVIII. T. II. p. 187. not. e. Weſtphal von Teſtamenten u. ſ. w. S. 470. Foerster l. l. p. 129. not. 58.

Grade ſchwebt, und es fällt dann einer von den Miterben aus, ſo accreſcirt ſein Recht dem andern Miterben (ſ. S. 445 fg.). Von einem ſolchen Falle nun muß die Stelle verſtanden werden, und dazu paſſen denn die Worte: quamvis postumus excludatur vollkommen: das Recht des Subſtituten, ſagt African, iſt allemal durch das Erſcheinen des Poſtumus vernichtet, wenn gleich dieſer ſelbſt jure accrescendi von den Miterben ausgeſchloſſen wird [99]. Für die gewöhnliche Anſicht ſcheinen freilich folgende Gründe zu ſprechen, einmal, daß unmittelbar vor dem Erläuterungsſatze („Nam cum et duobus heredibus institutis" u. ſ. w.) von einem Falle die Rede iſt, wo die Erbſchaft an die Inteſtaterben fiel, ſodann aber, daß der Fall, welchen Scävola in der L. 19. D. cit. faſt mit den nämlichen Worten, wie hier African referirt, ſehr gut zu dem Hauptinhalte der Stelle paßt; es ergiebt ſich daraus nämlich, daß, ſobald die Succeſſion einem ungiltigen Grade deferirt iſt, auch ſelbſt ein giltiger Grad durch den Poſtumus vernichtet werden kann. Allein daß African hieran nicht dachte, beweiſen wohl die Schlußworte: „non tamen magis substitutum admitti." Ueberdieß iſt der vorausgehende Fall weſentlich von dem am Schluſſe vorgetragenen verſchieden, indem dort vorausgeſetzt wird, die giltig eingeſetzten Erben ſchlugen ſämmtlich die Erbſchaft aus, hier dagegen, daß dieß nur von Einem geſchehen ſey. In jenem Falle muß allerdings ſtets die Inteſtaterbfolge eintreten, in dieſem aber nur dann, wenn der Poſtumus erſt zu einer Zeit erſcheint, wo theilweiſe ſchon das Recht dem zweiten Grade deferirt war.

99) *Fr.* Hotmani Comment. in h. l. p. m. 123.

Soll aber irgend ein Zuſammenhang zwiſchen beiden Fällen ſtatt finden, ſo muß auch bei dem zweiten angenommen werden, der Poſtumus ſey erſchienen, während noch einer der Miterben deliberirte; alsdann wird er ſelbſt ſowohl, als der Subſtitut durch das Anwachſungsrecht des andern Miterben ausgeſchloſſen. African wollte alſo am Schluſſe wohl nur den Hauptgrundſatz hervorheben, worauf es bei allen in der Stelle vorgetragenen beſondern Fällen ankommt: Das Recht des Subſtituten, von welchem der Poſtumus präterirt iſt, (und alſo auch folgeweiſe das des ſpäteren Grades) wird allemal vernichtet, wenn gleich der Poſtumus ehe ſein Recht wirkſam geworden iſt, wieder wegfällt, oder ſonſt ausgeſchloſſen wird.

Eine beſondere Erwägung verdient noch der Fall, wenn der Erbe, von welchem der Poſtumus präterirt iſt, unter einer Bedingung eingeſetzt wird. Erſcheint hier der Poſtumus pendente conditione, ſo rumpirt er das Teſtament allemal vollſtändig, alſo auf die folgenden Grade. Denn ſolange die Möglichkeit Erbe zu werden, für den Inſtitutus ſtatt findet, iſt die Erbſchaft dem Subſtituten noch nicht deferirt, folglich hat der Poſtumus bei ſeinem Erſcheinen es nicht mit dieſem, ſondern mit jenem zu thun. Ein Gleiches gilt alsdann, wenn die Bedinguug damals ſchon eingetreten war, nicht ſo, wenn der Poſtumus erſt nach dem Wegfallen der Bedingung geboren wird; denn da alsdann der erſte Grad als gar nicht vorhanden zu betrachten iſt, ſo fängt hier die teſtamentariſche Erbfolge mit der Subſtitution an. Von dieſen Fällen handelt die L. 5. D. *de injusto* etc. *facto testamento*: „Nam et si sub conditione sit heres institutus quis, a quo postumus non est exheredatus, tamen pen-

dente conditione rumpitur gradus, ut et *Julianus* scripſit. *Sed etsi*[100]) *sit ei substitutus quis, etiam deficiente conditione primi gradus non admittetur substitutus, a quo sc. postumus exheredatus non est.* Puto igitur, existente conditione primi gradus postumo potius locum fore; post defectum autem conditionis natus postumus gradum non rumpit, *quia nullus est.*“ — Cujacius nun glaubt, daß der Satz: Sed et si ei subsitutus quis — — — exheredatus non est, von dem Falle zu verſtehen ſey, wenn der Poſtumus während des Schwebens der Bedingung geboren werde, und will daher mit Weglaſſung des *non* geleſen wiſſen: a quo sc. postumus exheredatus est [1]). Ihm ſtimmen unter Andern bei Pothier [2]), Glück [3]) und Förſter [4]). Indeſſen bedarf

100) Cod. Lips. Senat. lieſ't Sed si ohne et; (doch ſcheint das et durch Correctur vernichtet zu ſeyn.) Die Partikel *et* ſtört das leichtere Verſtändniß der Stelle etwas, obwohl es dem in der folgenden Erklärung der Stelle beigelegten Sinn keineswegs widerſtreitet. Haloander lieſ't ſtatt des folgenden *etiam*: tamen, vermuthlich des beſſern Gegenſatzes von Sed et si wegen. Verſteht man die Stelle recht, ſo iſt die Florentiniſche Lesart etiam in jedem Falle vorzuziehen.

1) Tract ad Afric. IV. p. m. 1343. — Er beruft ſich darauf, daß die Negation auch in den Baſiliken fehle. Allein hier findet ſich der zur Frage ſtehende Satz überall nicht, ſondern es heißt nur: auch der Subſtitut falle weg, wenn der Poſtumus pendente conditione geboren werde; und dieß iſt auch ganz richtig.

2) l. l. p. 188. nota.

3) Bd. VII. d. Comment. S. 284. Note 21.

4) l. l. p. 131. not. 60.

es einer ſolchen Emendation nicht. Ulpian ſtellt im Eingange die allgemeine Regel auf, daß die Einſetzung des Inſtitutus jedenfalls vernichtet werde, wenn der Poſtumus pendente conditione erſcheint. Er bemerkt dann weiter: auch der Subſtitut könne ausgeſchloſſen werden, ſelbſt wenn der Poſtumus erſt nach weggefallener Bedingung geboren werde, ſofern er nämlich in Beziehung auf den Subſtituten ebenfalls präterirt iſt. Was aber das Wegfallen des Subſtituten wegen Ruption des erſten Grades anbelange (— alſo auch für den Fall, wenn in Anſehung des Subſtituten der Poſtumus gehörig enterbt iſt, ſo komme es auf den Unterſchied an, ob bei der Geburt des Poſtumus die Bedingung ſchon eingetreten ſey oder nicht. — So hängt alles ſehr gut, und viel beſſer zuſammen, als wenn man die Negation aufhebt [5]).

Daß übrigens auch dem Notherbenrecht eines Poſtumus völlig genügt iſt, wenn derſelbe zuerſt eingeſetzt, von dem Subſtituten aber präterirt, oder wenn er vom erſten Grade gehörig enterbt und ſelber ſubſtituirt wird, leidet keinen Zweifel; und eben ſo wenig braucht er von ſeinem eignen Miterben enterbt zu werden [6]). Unbeſtimmt iſt der Fall gelaſſen, wenn der Poſtumus vom erſten Grade präterirt, im zweiten aber eingeſetzt iſt. Nach ſtrenger Conſequenz muß man ſagen: Der Poſtumus zerſtört das ganze Teſtament, mithin kann

5) Dieß ſcheint auch die Anſicht von *Jo.* Altamiranus zu ſeyn, ad Libr. VI. Quaest. Scaevolae Tract. VI. §. 9. (bei Meerman T II. p. 469.), obwohl er es derſelben an aller Begründung fehlen läßt.

6) Foerster l. l. p. 127 sq. nr. 1. 2.

auch ſeine eigne Einſetzung keine Wirkung haben. Indeſſen findet er ſich doch immer eingeſetzt und Niemand macht ihm die Succeſſion aus dem Teſtamente ſtreitig. Hier muß alſo jedenfalls das auf einem allgemeinen Billigkeitsprincip beruhende Edict: Si quis omissa causa testamenti ab intestato possideat hereditatem zur Anwendung kommen, der Poſtumus alſo die Vermächtniſſe zahlen, auch wenn er von ſeinem Inteſtaterbrecht Gebrauch machen will [7].

7) Foerster l. l. p. 131 sq. nr. 5.

STAATSBIBLIOTHEK BAMBERG

Bayerische StaatsBibliothek

Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Glück, Christian Friedrich von, 1755-1831 / Mühlenbruch, Christian Friedrich, 1785-1843 / Fein, Eduard

Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar

Bd.: 36

Erlangen 1833

Bamberg, Staatsbibliothek -- Coll.leg.o.101(36
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11439088-6
VD18 10657126-002